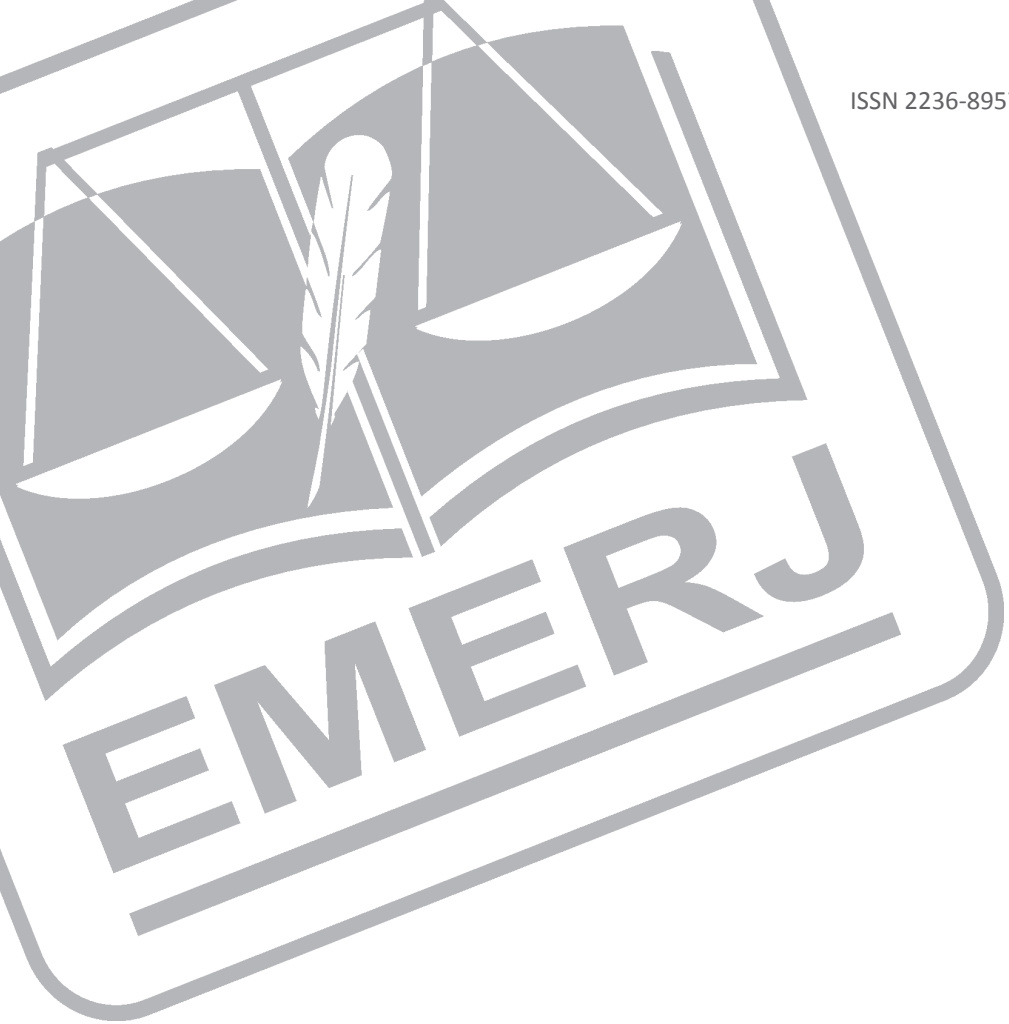


Seminário Crítico da Reforma Penal

Coordenação Executiva: Des. Leila Mariano
Coordenação Científica: Prof. Dr. Juarez Tavares



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 15 - n. 60 - 2012
Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 15	n. 60	p. 1-272	out.-dez. 2012
----------	----------------	-------	-------	----------	----------------

© 2012 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Leila Mariano.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Jaqueline Diniz;
Capa: Georgina Kitsos; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silves.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



EMERJ

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | Introdução**
- 13 | A Ideologia da Reforma Penal**
Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
- 28 | Proteção aos Direitos Fundamentais**
Ministro Sebastião Reis Júnior
- 46 | O Princípio da Lesividade na Reforma Penal**
Prof. Ms. Tiago Joffily
- 59 | Análise Criminológica do Cotidiano**
Prof^a. Dr^a. Vera Regina Pereira de Andrade
- 72 | Stalking e a Criminalização do Cotidiano**
Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa
- 80 | Da Aplicação da Pena no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro**
Prof. Ms. Alcides da Fonseca Neto
- 94 | A Política Criminal da Exclusão na Reforma**
Prof. Dr. Alexandre Fabiano Mendes
- 108 | A Reforma das Medidas de Segurança**
Prof^a. Maria Lúcia Karam
- 115 | Execução Penal e PLS-236**
Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter
- 126 | Delação Premiada no Projeto de Reforma do Código Penal: Nova Roupagem, Antigos Problemas**
Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky
- 143 | A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**
Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva

- 156 | Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal: o Caso do Anteprojeto de Código Penal**
Prof. Dr. Salo de Carvalho
- 161 | Projeto de Código Penal. A Reforma da Parte Geral**
Prof. Dr. Juarez Tavares
- 190 | Os Crimes Contra a Vida na Reforma**
Des. Sérgio de Souza Verani
- 199 | Análise Crítica dos Crimes de Perigo no Projeto de Código Penal**
Profª. Drª. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
- 210 | A Reforma dos Crimes Patrimoniais**
Prof. Dr. Luís Wanderley Gazoto
- 218 | Projeto de Reforma do Código Penal: Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título IV, Capítulos I e II)**
Prof. Dr. Paulo Queiroz
- 229 | Organizações Criminosas: O Novo Tipo de Milícia**
Prof. Dr. Alexandre Wunderlich
- 239 | Criminalização dos Jogos de Azar: A Contradição Entre Lei e Realidade Social**
Profª. Drª. Katie Arguello
- 251 | A Relação Entre o Direito Penal e o Processo Penal no Projeto do Novo Código Penal: Considerações Gerais**
Prof. Dr. Geraldo Prado
- 261 | A Relação Entre a Doutrina e a Jurisprudência Sob a Óptica do Garantismo**
Ministro Og Fernandes
- 272 | Carta Aberta ao Congresso Nacional sobre a Reforma Penal (PLS 236)**

Apresentação

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, fiel a sua vocação de perene fórum de estudos e debates jurídicos, encontra-se gratificada em ter albergado evento da relevância do Seminário Crítico da Reforma Penal.

Aqui recebemos os mais conceituados profissionais de todo o país, Juristas, Professores, Magistrados, Advogados, Procuradores, Promotores, Defensores Públicos, que muito contribuíram para análise crítica do Anteprojeto de Código Penal (PLS nº 236/2012), o qual se encontra em tramitação no Senado Federal, com vistas à reforma integral do referido Codex.

Assim, imbuída do mesmo espírito democrático que abrigou a Audiência Pública realizada pela Comissão Especial Externa do Senado Federal, a qual, defendendo a ampla participação no processo de criação do projeto de reforma, recebeu e acolheu proposições da comunidade jurídica e de toda a coletividade, a EMERJ sediou o Seminário crítico às propostas, na busca do aprimoramento e acerto das alterações a serem adotadas, tendo sempre como norte a consecução de uma sociedade mais justa.

Esta compilação é o produto fidedigno desse encontro, que contou com a brilhante coordenação científica do Professor Doutor Juarez Tavares, e cujo conteúdo, proveniente da gravação das palestras proferidas, será enviado aos representantes dos três Poderes, no intuito de contribuir para ampla discussão neste momento derradeiro de análise e reflexão.

Empenhamos os mais sinceros agradecimentos a todos que contribuíram para realização desta edição especial.

Desembargadora Leila Mariano
Diretora-Geral da EMERJ



EMERJ

Introdução

Nos dias 11, 12 e 13 de setembro de 2012, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, sob a direção da Desembargadora Leila Mariano, promoveu um Seminário Crítico da Reforma Penal. O objetivo do seminário, cujos pronunciamentos fazem parte desta publicação, era despertar a atenção dos estudiosos do direito penal para os problemas relacionados ao Projeto de Código Penal em tramitação no Senado Federal (PLS 236/2012). Este projeto visa a reformar integralmente o atual Código Penal, tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial, mediante uma alteração na estrutura da aplicação da lei penal, da teoria do delito e da pena, bem como uma modificação dos enunciados criminalizadores, a criação de novos tipos penais e a incorporação de tipos penais hoje esparsos na legislação extravagante. Um projeto de código penal, se convertido em lei, afeta toda a sociedade brasileira, pois passa a regular, de forma muito intensa e grave, o poder de intervenção do Estado, em seu grau mais elevado. Não é sem motivo que em outros países, quando organizados democraticamente, os projetos de código penal passem por criteriosa análise da comunidade jurídica e dos cidadãos, de modo a poderem resguardar direitos individuais e coletivos, que podem ser objeto de incriminações indevidas ou se subordinar a esquemas teóricos imprecisos e incertos. Apenas para citar uma referência: a alteração da parte geral do código penal alemão, que entrou em vigor em 1975, foi produto de uma longa discussão, iniciada com o projeto governamental de 1962 e criticamente desenvolvida no projeto alternativo de 1966, este último de lavra de uma plêiade de penalistas. Entendia-se que uma alteração dessa envergadura não poderia ser feita de afogadilho, senão apenas depois de muita reflexão. Observe-se que até hoje as lições do projeto alternativo ecoam por todos os cantos, principalmente pela ruptura que propunha na natureza da pena e em sua relação com a estrutura do delito. No Brasil, o projeto de alteração da Parte Geral, com comissão constituída em 1980 e posto em vigor com a Lei 7.209/84, ainda que nos últimos anos do período autoritário, também foi produto de uma longa caminhada. Pode-se dizer que esse trâmite se inicia com o projeto Hungria de 1962, o qual passou por diversas comissões revisoras, a penúltima das quais sob a presidência de Aníbal Bruno e composta por Nelson Hungria, Hélio

Tornaghi e Heleno Fragoso, para, por fim, dar lugar ao Código Penal de 1969, revogado sem haver entrado em vigência. Por seu turno, no que toca ao projeto de 1981, depois de publicado, submeteu-se ele por cerca de quase quatro anos a intensa crítica acadêmica. Essa crítica começa a se expressar principalmente em um congresso de âmbito nacional, realizado em Brasília, em 1981, sob os auspícios do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e a presidência de Francisco de Assis Toledo, o qual se destinava a apresentar o projeto à comunidade jurídica brasileira. Em sequência, foram produzidas no projeto inicial várias alterações antes que fosse submetido ao Parlamento.

Os trabalhos que se desenvolveram nesse seminário da EMERJ contaram, na abertura, com a conferência do Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, enfocada na ideologia da reforma penal. Juarez Cirino dos Santos brindou a todos os presentes com uma exposição densa, escorreita e abrangente sobre os princípios que uma reforma penal deveria atender, vindo a demonstrar como esses princípios – da legalidade, da proporcionalidade, da necessidade, da dignidade da pessoa humana e da proteção de bem jurídico, entre outros – foram desatendidos no projeto. Por outro lado, destacou a subserviência do projeto à legislação extravagante e como essa legislação se vê incorporada ao texto sem qualquer correção crítica. Salientou também como o projeto volta a enaltecer a pena como único recurso a ser usado pelo Estado no controle das infrações, o que indica seu retrocesso diante do que, hoje, lecionam as correntes criminológicas.

Ainda na abertura, o seminário contou com a importante participação do Ministro Sebastião Reis, do Superior Tribunal de Justiça, o qual fez uma exposição acerca da proteção de direitos fundamentais e a necessidade de uma delimitação mais precisa sobre os processos de criminalização a ser levada a efeito pelos tribunais.

Nos dias subsequentes foram realizados os painéis, com relevantes contribuições do Dr. Tiago Joffily (UERJ), sobre o princípio da lesividade no projeto; da Prof^a Dr^a Vera Regina Pereira de Andrade (UFSC), com uma análise criminológica da reforma; do Dr. Alexandre Moraes da Rosa (TJ/SC), sobre “stalking” e a criminalização do cotidiano; do Prof. Dr. Alcides da Fonseca Neto (EMERJ), sobre a aplicação da pena no projeto; do Prof. Dr. Alexandre Mendes (PUC/RJ), sobre a política criminal de exclusão na reforma; da Dr^a Maria Lúcia Karam (TJ/RJ), sobre as medidas de segurança

na reforma; do Prof. Dr. Maurício Dieter (Uni-Curitiba), sobre a execução da pena no projeto; do Prof. Dr. Leonardo Yarochevski (PUC/MG), sobre a delação premiada; do Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva (PUC/MG), sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica; do Dr. Sergio Verani (Des. TJ/RJ), sobre a reforma dos crimes contra a vida; da Prof^a Dr^a Ana Elisa Liberatore da Silva Bechara (USP), sobre os crimes de perigo no projeto; do Dr. Luís Wanderley Gazoto (MPF), sobre a reforma dos crimes patrimoniais; do Prof. Dr. Cláudio Brandão (UFPE), sobre a reforma dos crimes contra a administração pública; do Prof. Dr. Paulo Queiroz (CEUB), sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual; do Prof. Dr. Alexandre Wunderlich (PUC/RS), sobre organizações criminosas; da Prof^a. Dr^a Katie Arguello (UFPR), sobre a criminalização dos jogos de azar e a desconformidade entre lei penal e realidade social e do Prof. Dr. Geraldo Prado (UFRJ), sobre a relação entre processo penal e direito penal na reforma. Cada uma dessas intervenções mereceria uma análise mais profunda e rigorosa, a qual, infelizmente, não pode ser feita nesta simples introdução. Posso dizer, no entanto, que os pronunciamentos expressos nesses painéis buscaram realizar uma crítica global da reforma, naqueles temas mais candentes, e constituem uma contribuição altamente relevante para o direito brasileiro e para as gerações, que um dia, quiserem se aprofundar nas discussões penais mais avançadas.

Afora os painéis, proferiu conferência o Prof. Dr. Salo de Carvalho, sobre o tema “As penas na reforma”. Salo de Carvalho, com sua percuciência, demonstrou o sentido punitivista do projeto, o qual retrocede em vários aspectos, ao eliminar o livramento condicional, ao possibilitar a conversão da pena de multa em prisão, ao ampliar os prazos para a progressão de regime e ao manter o instituto da reincidência, que o colocam em contradição com o Pacto de São José e com a própria tendência da doutrina e da jurisprudência, que têm atenuado os rigores do vigente código penal.

O seminário foi encerrado com uma conferência significativa e muito proveitosa do Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, sobre a acolhida nos tribunais superiores da teoria do garantismo penal. Nessa conferência, ficou consignada a assertiva de que o garantismo penal de Ferrajoli tem tido uma influência marcante em várias decisões prolatadas no STJ e, longe de constituir uma palavra de ordem política ou uma teoria da moda, tomada em muitos casos de modo pejorativo,

fornece elementos preciosos para um julgamento mais racional dos casos concretos.

Esse evento não teria sido possível sem a colaboração de muitas pessoas. Cabe, aqui, ressaltar de imediato, a postura democrática, correta e liberal da Desembargadora Leila Mariano, que durante todos os momentos demonstrou que, sob sua direção, a Escola da Magistratura está aberta ao debate, ao enunciado de ideias novas, à congregação de esforços para aperfeiçoar as leis, à elaboração de uma doutrina jurídica capaz de servir de modelo à judicatura e a ressuscitar a necessária relação entre teoria e prática. Igualmente, devem-se agradecimentos ao Desembargador Paulo Baldez, aos juízes Rubens Casara, Marcos Peixoto, Alcides da Fonseca Neto, aos professores Geraldo Prado e Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, bem como a todas as entidades que colaboraram para o evento, como a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, o Ministério da Justiça, a Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro, e o Instituto dos Advogados Brasileiros.

Rio de Janeiro, setembro de 2012

Juarez Tavares

*Professor Titular de Direito Penal da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

A Ideologia da Reforma Penal

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela PUC. Doutorado pela UFRJ. Pós-doutorado pela Universitat des Saarlandes, US, Im Saarbrücken, Alemanha. Professor Adjunto da UFPR.

Quero começar saudando o Desembargador Paulo Baldez, que preside esta seção e, no seu nome, pedir permissão para saudar todos os meus amigos, professores, juízes, advogados presentes neste Seminário Crítico sobre a Reforma Penal.

Um grande amigo meu, amigo de muitos aqui, que infelizmente já se foi, e que figura entre os grandes filósofos do Século XX, sem duvida o maior criminólogo do Século XX, que foi Alessandro Baratta, também grande amigo do Brasil – aqui veio muitas vezes –, costumava dizer: “devemos tratar as pessoas com muito carinho, com todo afeto, porque são pessoas.” Tenho vários amigos na Comissão de Juristas da Reforma Penal e, pessoalmente, continuo tratando-os com todo carinho, com todo respeito e com todo afeto, mas acrescentava Alessandro Baratta, com relação às suas ideias, que devemos ser implacáveis, porque elas produzem efeitos no mundo. Tratá-os bem, enquanto pessoas, mas nenhuma complacencia com relação a suas ideias. E se trata aqui de trabalhar este tema, “A Ideologia da Reforma Penal”, que a comissão científica deste seminário, cujo diretor científico é o Prof. Dr. Juarez Tavares, me atribuiu.

Assim me vi pensando o conceito de Ideologia e encontrei na *Theorie des kommunikativen Handelns* de Habermas, a ideia de que a lei, na sociedade capitalista, serve para manter a estrutura de classes da sociedade, determinada pela relação fundamental capital/trabalho assalariado. Um outro grande jurista e filosofista, Michel Miaille, que esteve aqui no Rio de Janeiro há algum tempo – eu estava fazendo mestrado na PUC –, dizia em seu livro *Introduction critique au Droit*, que a ideologia na sociedade capitalista existe sob a forma do Direito. Então, falar da ideologia de um projeto de reforma, é falar das ideias centrais que conduzem esse projeto.

Se a ideologia, no capitalismo, existe na forma da lei, devemos buscar essa ideologia dentro do Projeto de reforma. E a forma mais adequada para definir a ideologia do Projeto de reforma, é examiná-lo a partir dos princípios fundamentais do Direito Penal, que dizem muito mais do que parece, à primeira vista. Examinar o Projeto a partir de princípios que permitem uma visão integral das propostas de mudanças da Parte Geral e na Parte Especial. Portanto, examiná-lo a partir dos princípios da legalidade, da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade e da humanidade para verificar em que medida esses princípios são observados ou respeitados, em que medida são incorporados ou realizados no Projeto. É possível dizer o seguinte: na medida em que uma lei penal se deixa reger por esses princípios, tem-se uma lei democrática; caso contrário, se uma lei penal não se rege por esses princípios, ou desconsidera esses princípios, então temos uma lei penal autoritária.

Ao ler o Projeto pela primeira vez, quando um jornalista queria uma entrevista, fiquei tão chocado, que dei a entrevista, publicada com o seguinte título: “Somos o país que mais pune no mundo”. A nossa reação emocional diante do projeto é de decepção, em seguida, de perplexidade e, no final, ficamos indignados. A dificuldade quando temos que falar sobre o Projeto é superar essa indignação, para poder adequadamente exprimir o que pensamos.

Os princípios que orientam esta abordagem do projeto – e pelos quais pensamos que podemos indicar a ideologia que o orientou – mostram que estamos diante de um “monstro”. O projeto é todo disforme, uma espécie de projeto *Quasimodo* de “*O corcunda de Notre Dame*”. Mas, precisamos dizer alguma coisa além das expressões emocionais sobre o Projeto. Sendo assim, vamos trabalhar a partir desses princípios. Por exemplo, quando pensamos no princípio da legalidade, normalmente não atentamos para o fato de que na base da legalidade está o tipo de injusto. E o tipo penal é a realização técnica do princípio da legalidade. Este princípio tem a função de demonstrar a existência do tipo de injusto, excluído nas justificações; ao mesmo tempo, o tipo de injusto é importante porque é o tipo legal, o tipo penal no sentido mais estrito, que é objeto da consciência ou do conhecimento do injusto, excluído no erro de proibição inevitável.

Todos sabemos que o princípio da legalidade, com relação ao tipo de injusto, proíbe a retroatividade, exceto a benéfica; proíbe a analogia em desfavor do réu, proíbe o costume, desde que não beneficie o acusado.

E compreende uma dimensão da maior significação que quero explorar, aqui. É a última proibição: proíbe imprecisão na lei penal, proíbe leis penais imprecisas, obscuras. Um jurista conservador, mas absolutamente insuspeito, como WELZEL, dizia que o maior perigo para o princípio da legalidade são as leis indefinidas e obscuras, porque permitem interpretações judiciais idiossincráticas e não permitem realizar a função principal da lei penal, ou seja, o conhecimento do injusto penal. Como pode o sujeito – que é o destinatário da lei penal, não o juiz, mas o cidadão – enfim, como pode o cidadão conhecer o injusto, se a lei é obscura, se a lei é indefinida? Isto surge como um imperativo, como uma necessidade, no sentido de que não se pode negligenciar o princípio da legalidade.

E aqui temos, esta é a primeira constatação que nos deprime ao lermos o projeto, a sistemática, a ampla violação desse desdobramento do princípio da legalidade, que proíbe leis penais imprecisas, incertas, obscuras. E observamos isso no Projeto, por exemplo, nos crimes cibernéticos. Quanto a estes crimes – nunca vi isso –, artigos dão definições de conceitos de sistema informático, de dados informáticos, de provedor de serviço, de dados de tráfego são vários itens do projeto dando esses conceitos – e se nós, como advogados, não conseguimos entender essa linguagem técnica, então como o povo vai entender? O Projeto apresenta dois artigos, os chamados *acesso indevido* (a essas informações) e *sabotagem informática*, como interferência indevida no sistema informático de comunicação de dados, produzindo grave entrave, impedimento, interrupção ou perturbação informática. Então, quem vai entender os limites do permitido e do proibido, aqui? Isso é apenas exemplificativo, pois seria cansativo enumerar os tipos penais cujo conteúdo não se entende.

Nos crimes contra a paz pública, vem a questão do terrorismo. O Prof. Juarez Tavares e eu participamos de um seminário no Ministério da Justiça, há alguns anos, que tratava dessa questão, e o Ministro retirou o projeto de lei, mas agora o Projeto do CP volta para definir o terrorismo. Ora, o terrorismo é um problema político, que se resolve a partir de negociações, de tratados, de convenções internacionais, mas não através do Direito Penal, que não tem nenhuma função de controle sobre isso. O Direito Penal resolveria os problemas dos palestinos, por exemplo? Enfim, o problema desse conflito é dos árabes e dos israelitas, ou mesmo dos Estados Unidos, mas não é do Brasil. Os alemães, que definiram o crime de terrorismo, hoje se arrependem de terem feito isso, porque não con-

seguem se entender sobre seus limites. Então, o crime de terrorismo não deveria estar aqui, mas não vou me aprofundar nisso.

Sobre o crime de *tumulto em evento desportivo* – certamente, foi a lembrança daquela invasão da torcida do Coritiba, porque, a partir disso a mídia começou a falar que precisava coibir os tumultos em eventos esportivos. Observem uma coisa, se isso pegar, será impossível ingressar no espaço reservado aos competidores, porque constitui crime. É o fim da picada, imaginem um ringue, por exemplo.

Enfim, a questão da *perturbação do sossego*, que criminaliza perturbar o trabalho ou o sossego alheio, com gritaria ou algazarra, exercer profissões incômodas ou ruidosas, abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos, provocando ou não impedindo o barulho de animal sob guarda. Agora, o sujeito tem de ensinar o seu cachorro a latir baixo? Ou segurar o focinho do cachorro para não latir? Eu gosto pessoalmente de alguns membros da Comissão de Juristas, mas não de suas ideias, sinceramente, não deveriam perder tempo com essas coisas.

Por outro lado, se pegarmos, por exemplo, o sistema de contratações públicas, a questão da imprecisão penal é ainda pior, não se entende os tipos legais, porque a linguagem é excessivamente técnica. Assim também os crimes contra as finanças públicas, ou contra a ordem econômica e financeira. Aqui, nos crimes contra sistema financeiro, aparecem a *fraude na gestão*, também a *gestão fraudulenta* – que ninguém sabe o que é, cada juiz tem uma interpretação diferente – e a *gestão temerária*, tudo em relação aos bancos – e tudo mantendo ou introduzindo imprecisões. E a lavagem de capitais, na mesma linha das recentes reforma da lei, tudo virou lavagem de capital, no Projeto do CP.

E os crimes contra a ordem econômica, o chamado ajuste para eliminar a concorrência, a prática de cartel etc., mostram que eles estão realmente preocupados em fazer o capitalismo funcionar; esse é o propósito: fazer a lei penal funcionar para garantir um sistema social injusto, desumano, fundado na desigualdade. O pior é que existem pessoas que acreditam nisso e se põem a trabalhar para fazer o sistema funcionar. Vejam quanta coisa surge ligada ao princípio da legalidade, não é apenas a questão da retroatividade, mas o exame do ponto de vista da comunicação do conteúdo das proibições. E isso tem que ser claro: como pode o povo utilizar a proibição como fator de orientação da conduta, se ele não sabe qual é a conduta proibida?

Então vem o princípio da culpabilidade – e aqui tem muita coisa. Falamos de legalidade e de culpabilidade e se a legalidade é a base do tipo de injusto, temos a culpabilidade e o tipo de injusto. A culpabilidade tem um papel importantíssimo. Assim como no princípio da legalidade, nos crimes em geral, não há injusto sem lei, segundo o princípio da culpabilidade não há pena sem culpa. É interessante, já no artigo 1º o Projeto define o princípio da legalidade e coloca um parágrafo – não entendo por que colocaram esse parágrafo, pois ele não tem nenhuma função – que dispõe: não há pena sem culpabilidade. Mas isso é óbvio, porque se o crime é essa integração de injusto e culpabilidade, não há pena sem culpabilidade, ou seja, não há pena sem culpa. Se era para colocar um princípio (a culpabilidade), então por que não colocaram todos os princípios, no Projeto? Deveriam ter colocado no artigo 1º o princípio da legalidade, no artigo 2º o princípio da culpabilidade, no artigo 3º o princípio da lesividade, no artigo 4º o princípio da proporcionalidade – e assim não precisaria repetir em outras normas que não há crime sem ofensa real ou potencial a bem jurídico etc. Se aqui se assume o princípio da lesividade, isso estaria resolvido, sem precisar repetir em normas específicas. Na Espanha, segundo fui informado, a esquerda política elaborou um Projeto de Código Penal que apresenta exatamente essa proposta: o direito penal tem de ser regido por esses princípios, que vão informar toda a construção legislativa.

O princípio da culpabilidade apareceu neste ponto, porque existia ou existe em membros da Comissão uma noção equivocada da culpabilidade como pressuposto da pena. Isso veio do René Dotti, passou para o Damásio de Jesus e, depois, para parte da Escola Paulista. Para eles, só a culpabilidade é pressuposto da pena, quer dizer, a tipicidade, a antijuridicidade, não são condições objetivas de punibilidade etc., mas só a culpabilidade. Aliás, segundo essa noção, o conceito de crime é reduzido ao injusto, ou seja, tipicidade e antijuridicidade, não entram na culpabilidade.

Só eles pensam assim. No mundo inteiro se pensa diferente. Pode-se adotar a teoria bipartida, ou a teoria tripartida de crime, mas, em qualquer caso, parte-se dessas duas noções, do injusto e da culpabilidade. A teoria bipartida unifica tipicidade e antijuridicidade no âmbito do injusto, não havendo diferença conceitual entre ambas. E a teoria tripartida entende que são conceitos independentes e que cumprem funções político-criminais diferentes, como é a posição do Roxin. Assim também está no meu livro e no livro do Prof. Juarez Tavares.

Nenhuma concepção restringe o crime ao tipo de injusto, quer dizer, somente constituído por tipicidade e antijuridicidade, com a culpabilidade sendo somente um pressuposto da pena. Está é uma visão deformada porque não compreende que a culpabilidade, na sistemática do delito que adotamos, é um juízo de reprovação sobre um sujeito que, em primeiro lugar, deve ser capaz de saber e de controlar o que faz. É isso que chamamos de imputabilidade. Não é só a dimensão intelectual da capacidade de conhecimento do fato, inclui a dimensão emocional de capacidade de autocontrole do que faz, controle dos instintos, dos impulsos, dessas emoções que vêm do **id**, na concepção também tripartida da psique, composta do **id**, do **ego** (como um desenvolvimento do **id**) e do **superego**. São emoções – e aqui a Psicanálise nos mostra as grandes emoções que regem nossa vida: a agressividade e a sexualidade.

Controlar a agressividade e controlar a sexualidade, é algo que não se aprende tão fácil. Por isso, esses projetos que tentam reduzir a maioridade penal são completamente equivocados: desconhecem o fato de que a imputabilidade não é mera capacidade de conhecimento do caráter proibido do fato, mas também a capacidade de controlar o comportamento conforme essa compreensão. Estamos nos referindo a algo que é do sujeito, e que, além de ser capaz de saber e de controlar o que faz, tem de saber, realmente, concretamente, o que faz. Isto é o que se chama conhecimento do injusto, que é excluído ou reduzido nas hipóteses de erro na proibição. E, por último, o sujeito deve ter o poder de não fazer o que faz, que se exprime nas situações de exculpação legais e supralegais, em que entram as emoções do sujeito, desde o instinto de sobrevivência até as paixões, o medo, o susto, a confusão. Estamos tratando da inexigibilidade de comportamento diverso. Assim se define a culpabilidade e é nesse sentido que é importante compreendê-la, o que nos permite dizer que o Projeto, quando fala de culpabilidade, faz apenas uma declaração de intenções, completamente vazias. O Projeto não se compromete com o princípio da culpabilidade. E é exatamente por isso que mantém os crimes hediondos.

No art. 56 do Projeto aparecem 15 modalidades de crimes hediondos. Estes crimes são uma criação brasileira e têm penas exacerbadas, violando o princípio da culpabilidade. O Projeto também mantém os crimes qualificados pelo resultado. Por exemplo, a lesão seguida de morte: um sujeito dá um soco na vítima, que cai e bate com a cabeça na calçada e

morre. Logo, temos uma lesão corporal dolosa com um resultado produzido por culpa (ou imprudência). Se os dois crimes fossem punidos separadamente, teríamos uma pena pequena, mas no caso de crime qualificado pelo resultado, a pena é absurdamente desproporcional: a pena mínima seria de quatro anos, segundo o Código, o que viola o princípio da culpabilidade. Se o Projeto adotou o princípio da culpabilidade, por que não extinguiu os crimes qualificados pelo resultado, que violam o princípio da culpabilidade?

E temos a questão da *actio libera in causa*, que é muito maltratada no Brasil, porque não existe uma disciplina legal adequada. A *actio libera in causa* existe em dois momentos: um momento inicial, de autoincapacitação temporária para cometer um crime determinado, e depois, no estado de incapacitação temporária, o cometimento desse crime determinado, por dolo ou imprudência. Isso é o que representa a *actio libera in causa* – e não a hipótese comum, do sujeito que chega a um bar, bebe demais e dá uma garrafada na cabeça do compadre, matando-o, definido depois como dolo direto, crime de homicídio qualificado. Para essas hipóteses, a lei penal alemã tem uma solução original, o crime chamado *Vollrausch* (embriaguez plena): se o sujeito comete um crime em estado de inimputabilidade por embriaguez voluntária ou culposa, recebe uma pena até 5 anos de privação de liberdade – e não como no Brasil, em que a pena é de 12 a 30 anos, por homicídio qualificado por motivo fútil. Então, naquelas hipóteses específicas não reguladas pela *actio libera in causa*, teríamos essa solução – o que seria uma coisa moderna.

E a questão da reincidência – alguém aqui falou da reincidência como uma espécie de “bruxa” –, venho criticando a reincidência há muito tempo, tanto a reincidência real quanto a reincidência ficta. Na verdade, a reincidência real exprime muito mais a falha do Estado no projeto técnico corretivo da prisão, como projeto de correção do condenado. Mas no Projeto de reforma, a reincidência infecta tudo. A reincidência afeta, porque prejudica ou atrasa a progressão de regime, ou seja, impede, exige mais tempo, dificulta a progressão entre os regimes, do regime fechado para o semiaberto e deste para o aberto. A consequência será o aumento desmesurado da população carcerária, pois as pessoas condenadas vão ficar muito mais tempo na prisão, por causa de uma bobagem, uma criação positivista que não significa nada, e que, na verdade, constitui um *bis in idem*, pois o sujeito está sendo punido duas vezes pelo mesmo

fato. Primeiro, foi punido pelo fato anterior; agora, a reincidência agrava a pena do fato posterior. No Projeto, a reincidência funciona como uma espécie de culpabilidade pela conduta da vida, não só agravando a pena, mas afetando todos os direitos, todos os privilégios ou benefícios que o condenado possa ter. Em conclusão, a reincidência infringe o princípio da culpabilidade – ou inversamente, o princípio da culpabilidade excluiria a reincidência. A reincidência ficta deve ser um indiferente penal.

E a questão do erro de proibição? O Prof. Juarez Tavares vai falar sobre isso, mas quero mencionar que abandonamos uma posição melhor, definida pela teoria limitada da culpabilidade, para adotarmos uma posição pior, da teoria extrema da culpabilidade. Agora, o erro de tipo permissivo é tratado como qualquer erro de proibição: se evitável, reduz; se inevitável, exclui a culpabilidade. E ficamos imersos nesse impossível juízo de evitabilidade, uma coisa inteiramente subjetiva, porque não temos um critério para medir a evitabilidade do erro. Na teoria limitada, existe uma vantagem: se o sujeito pratica um fato em situação de erro de tipo permissivo, não interessa se o erro é evitável ou inevitável, porque imediatamente exclui o dolo, restando a possibilidade de imputação por imprudência (ou culpa), se existir a forma legal respectiva – o que é algo completamente diferente. Eu considero isso muito simpático, porque reduz a repressão penal. São inconvincentes as razões para a alteração do critério da lei penal vigente, segundo a teoria limitada da culpabilidade.

E a questão da criminalização da pessoa jurídica? Toda a teoria internacional mostra ser impossível a responsabilidade penal da pessoa jurídica, isso porque a pessoa jurídica é incapaz de ação e incapaz de culpabilidade. Contudo, no Projeto, alguns juristas são adeptos da responsabilidade penal da pessoa jurídica – o que, me perdoem a expressão, é uma grande bobagem. Em primeiro lugar, a responsabilidade penal é fundada na psicologia individual, estou falando responsabilidade pessoal fundada em dolo ou culpa. Responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é o mesmo que atribuir responsabilidade penal a coisas. Isso não é possível e também não é necessário. Afinal, para punir a pessoa jurídica é preciso que a infração seja cometida por decisão do representante legal ou de órgão colegiado. Nessas hipóteses, segundo a lei penal, seria possível punir a pessoa jurídica. Então, para que estabelecer um processo penal contra a pessoa jurídica, se o problema pode ser resolvido como simples efeito

da condenação? Ora, se o presidente, o administrador, o supervisor da pessoa jurídica forem condenados como pessoas físicas, pode se aplicar qualquer medida contra a pessoa jurídica, como efeito da condenação, desde a multa, a suspensão, até a interdição ou extinção. Assim, não haveria qualquer problema, mas um processo penal contra a pessoa jurídica, além de apresentar problemas insolúveis, é também desnecessário. Na linha do Projeto, temos que mudar o Direito Penal para adaptar à pessoa jurídica. E, segundo o Projeto, não são apenas os crimes ambientais, temos também os crimes contra a Administração Pública, contra a ordem econômica, contra o sistema financeiro – ou seja, o Projeto parece querer acabar com os princípios do Direito Penal do fato e da culpabilidade.

E agora, o princípio da lesividade – ou, como diz o Projeto, o princípio da ofensividade. Na verdade, eu já antecipei isso, o projeto fala, no artigo 14, que o fato criminoso exige ofensa potencial ou efetiva a determinado bem jurídico. Agora, vamos procurar na Parte Especial, esses fatos ofensivos a bens jurídicos, como ofensa efetiva ou potencial de bens jurídicos. E, de novo, a realidade é aquela imensa decepção. Vamos fazer apenas algumas indicações exemplificativas, a começar pela referência da Dra. Fernanda Tortima sobre o *cambismo*. Imaginem, o cambista não pode mais vender ingressos, porque está vendendo ingressos por valores que não correspondem ao valor impresso no bilhete. Mas, se o sujeito compra o bilhete do cambista e sabe que o preço do cambista é superior ao impresso, então consente no fato e o consentimento exclui o tipo ou justifica o fato, desfazendo o injusto. O consentimento do ofendido é uma cláusula de exclusão da tipicidade ou de justificação do fato. Sendo assim, nada explica o crime de cambismo no Projeto – ou onde está a ofensividade (ou lesividade) do fato?

E tem mais: o crime de *intimidação vexatória* – que é o famoso *bullying*. Agora, não se pode mais brincar com as pessoas, que já te olham atravessado e te imputam isto ou aquilo. A criminalização do *bullying* parece uma brincadeira de mau-gosto.

E os crimes de perigo abstrato – por que não foram extintos? O projeto está cheio de crimes de perigo abstrato. E crimes erigidos sobre bens jurídicos duvidosos – quem usou essa expressão foi o Luís Greco, aliás, numa crítica notável ao Projeto –, como os crimes contra a paz pública (onde aparece a punição excessiva da posse de arma de fogo), os crimes contra a saúde pública etc.

Ainda no âmbito do princípio da ofensividade, a esperança seria atribuir relevância penal explícita ao princípio da insignificância. É o princípio da lesividade que exige uma lesão relevante do bem jurídico para a tipicidade do fato, porque lesões insignificantes não são suficientes para a tipicidade. E o que fizeram? Criaram uma norma que não só é obscura, mas que também contém exigências excessivas: o artigo 28, §1º, dispõe que, para configurar a insignificância, é necessário uma mínima ofensividade da conduta do agente (por que não “pequena”?), um reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta (por que não apenas “reduzido”?) e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (por que não “pequena expressão”?). Acabaram com o princípio da insignificância.

Sabem o que falta no Projeto? É humanidade, amor ao próximo. É muito fácil fazer uma lei e colocar uma pena de 5 ou de 10 anos de prisão, porque é o outro, um estranho, que cumpre a pena e fica sofrendo, não é o Legislador.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, não temos norma específica que o institua: não está definido na Constituição, mas é deduzido de seus enunciados mais gerais. Talvez, o princípio da igualdade fundamente a proporcionalidade. Então, esse princípio, mediante os critérios da adequação, da necessidade e da avaliação (ou proporcionalidade concreta), proíbe excessos punitivos, o chamado *übermassverbot* – mas não inclui a proibição de insuficiência de punição, como pretendem alguns juristas brasileiros. Segundo ensina Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade exerce a função de otimizar as possibilidades da realidade e do Direito. Se a Comissão de Juristas tivesse se detido no princípio da proporcionalidade – como diz ter feito, mas não fez –, descobriria, no plano da otimização da realidade, os princípios da adequação e da necessidade, integrantes daquele. O princípio da adequação pergunta o seguinte: a pena criminal é um meio adequado para proteção do bem jurídico? Se a resposta for sim, então temos um meio adequado, entre outros, por exemplo, do Direito Civil, ou do Direito Administrativo. E seguimos com o princípio da necessidade, novamente perguntando: essa pena, definida como meio adequado, é também um meio necessário para a proteção de bens jurídicos? E se a resposta é afirmativa, já temos a pena como um meio adequado e um meio necessário, mas não temos o terceiro elemento, o da otimização das possibilidades do direito, chamado princípio da avaliação ou da proporcionalidade concreta, que propõe a pergunta: se a pena cominada, conside-

rada adequada e necessária para proteção do bem jurídico, é igualmente proporcional à lesão do bem jurídico? Essa pergunta pode ocorrer tanto no nível legislativo (cominação), como no nível judicial (aplicação), para saber se a pena cominada ou aplicada é proporcional à lesão abstrata ou concreta do bem jurídico – ou seja, tanto do ponto de vista abstrato da lei, quanto no ponto de vista concreto da aplicação judicial. Assim, o princípio da proporcionalidade proíbe penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor da ação (dolo ou imprudência) e do desvalor do resultado (lesão do bem jurídico). Mas, conforme indicado, não pode ser usado em sentido contrário, como proibição de insuficiência, ou de criminalização mínima, como pretendem certos teóricos do Direito. Idêntico erro cometem os que usam o princípio da legalidade para impedir aplicação da pena abaixo do mínimo legal, no caso de circunstâncias atenuantes obrigatórias. O princípio da legalidade é estabelecido em favor do acusado, proíbe pena acima do máximo, mas não abaixo do mínimo.

Fazer leis é muito diferente de aplicar leis, mas quero dizer o seguinte. Em relação à proibição de penas excessivas, verificamos que o Projeto se caracteriza por um punitivismo desvaireado, desmedido, absurdo e irresponsável. Medir o tamanho das penas parece uma coisa simples, abstrata, mas cumprir uma pena de 5 ou de 10 anos, por exemplo, contando os dias e as horas, com a família lá fora, as filhas se prostituindo para sobreviver, é um sofrimento infinito. E voltamos, novamente, para as penas excessivas dos crimes hediondos e de todos os crimes da parte especial do Projeto. E o excesso de rigor imposto pela reincidência, que restringe ou exclui a progressão do regime. E ainda a questão da reunificação de penas: o sujeito, depois de condenado por vários crimes, perfazendo um total superior a 30 anos, a pena é unificada em 30 anos. Então, se o condenado pratica novo crime após o início do cumprimento da pena, faz-se a reunificação em 30 anos, desprezando-se o tempo de pena já cumprido. No Projeto, sabem o que fizeram? Aumentaram o limite máximo para 40 anos, no caso de reunificação das penas. Agora, além de desprezar o tempo de pena cumprido no limite de 30 anos – que já é um absurdo, em termos internacionais –, aumentaram esse limite para 40 anos, no caso de reunificação por novo crime após início de execução da pena. E o pior, é que os autores do Projeto acreditam na pena como instrumento de correção de problemas sociais, ou como forma racional de enfrentamento de problemas sociais.

Por último, o princípio da humanidade. O princípio da humanidade está na Constituição, ligado ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, inscrito no artigo 1º, inciso III. O princípio da humanidade proíbe a cominação, a aplicação ou a execução de penas cruéis. Por exemplo, pena de morte, perpétua, trabalhos forçados, banimento, castração, mutilação etc. Mas podemos perguntar: existe pena mais cruel do que a reunificação das penas, que eleva o máximo para 40 anos, quando se pratica um novo crime após o início de execução? Isso é cruel, como cruel também é o RDD.

E as medidas de segurança? O prazo mínimo é igual à pena cominada ao fato praticado pelo inimputável. Isso é um avanço, porque o Código Penal vigente não prevê essa limitação. O Projeto incorpora uma proposta inspirada em alguns autores, como Miguel Reale Jr. e outros, no sentido de que a duração da medida de segurança deve ser igual à duração da pena cominada ao fato. Mas por que não seguir a orientação da 5ª Câmara Criminal do TJ gaúcho, que propõe um critério melhor: o prazo da medida de segurança deve ser igual ao da pena que seria aplicada, em concreto, se o sujeito fosse imputável. Faz-se um cálculo da pena aplicável, se o autor fosse imputável, e a medida de segurança não pode ser superior a essa pena. Isso parece justo, então por que não adotar? O que propõe o Projeto viola o princípio da humanidade, pois diz assim: nos crimes com violência ou grave ameaça, a duração da medida de segurança é de 30 anos, se persistir a periculosidade. E se o fato praticado for uma simples lesão corporal, o inimputável deve permanecer internado durante 30 anos?

Ainda sobre o Projeto, as referências são exemplificativas, não exaustivas – afinal, onde abriremos o Projeto, encontraremos motivos para crítica. O Projeto violou todos os princípios do Direito Penal, não seguiu nenhum dos princípios do Direito Penal. É absolutamente autoritário, repressivo, punitivo. As críticas não são algo pontual, isolado ou casual, os problemas acontecem em massa, de forma sistemática, aos montões, de cambulhada, de enxurrada, por toda a parte.

Agora, retomando o princípio da proporcionalidade, poderíamos talvez perguntar: essa reforma do Código Penal, é adequada? Evidentemente, não. É absolutamente inadequada a reforma proposta, por razões políticas, científicas, ideológicas. Para ser breve: seria muito melhor deixar tudo como está. Vamos completar a pergunta: essa reforma é necessária? Quanto à Parte Geral do Código Penal, posso responder, com toda

sinceridade, que não é necessária. Não precisamos de uma reforma da Parte Geral, precisávamos somente de pequenos ajustes, por exemplo, na questão do erro de proibição, nas penas restritivas de direito (maior clareza e ampliação de hipóteses), enfim, pequenas coisas que poderiam ser resolvidas com facilidade.

Agora, quanto à Parte Especial, a reforma seria necessária? Neste ponto, temos de concordar: ela é necessária. A incorporação da legislação extravagante, conforme o princípio da codificação, para que todos os aplicadores e os destinatários do Direito Penal saibam onde estão as normas penais, isso é importante. Mas essa comissão de juristas perdeu a oportunidade de fazer uma verdadeira reforma da Parte Especial: uma incorporação seletiva da legislação esparsa no Código Penal. Mas o que fizeram foi pegar toda a legislação penal extravagante, inclusive lei penais da época da ditadura militar, permeadas de tipos penais mal escritos, com penas absurdas e jogar tudo isso, embutir tudo isso, no Projeto. Foi isso o que fizeram, sem nenhuma seleção, sem nenhum critério crítico, sem uma verdadeira descriminalização ou despenalização, por exemplo, dos crimes de bagatela, dos crimes de detenção ou de ação penal privada e outros que precisam ser banidos do Código Penal. Ao contrário, em vez de reduzir, ampliaram o Direito Penal, elevando contravenções à categoria de crimes. Mas para fazer uma descriminalização radical é preciso coragem – além de compreender que o Direito Penal não pode resolver problemas sociais. Na verdade, como mostra a Criminologia, o sistema criminal é criminogênico, reproduz e amplia a criminalidade. Precisamos encontrar outras respostas, seguindo a ideia de Radbruch, sempre citada por Sandro Baratta, segundo a qual não precisamos de um Direito Penal melhor, mas de qualquer coisa melhor do que o Direito Penal.

E não só descriminalização, mas também despenalização, porque a vítima não está interessada na punição, mas na reparação do dano ou na restituição da coisa. E também desinstitucionalização, no sentido de desinstitucionalizar a execução das penas e das medidas de segurança detentivas. Hoje, a Itália tem a lei Basaglia, que aboliu os manicômios judiciários. Basaglia, como todos sabem, foi um psiquiatra, também um criminólogo, que assumiu a direção de um hospital psiquiátrico, um manicômio, na Itália, e chegou à conclusão de que as doenças mentais, como a esquizofrenia, são problemas vinculados à falta de amor. Chamou os parentes responsáveis pelos doentes e disse-lhes que o problema dos do-

entes era a falta de amor. E que se tratados com carinho, seriam pessoas normais. E pediu que levassem seus doentes para casa, onde a imensa maioria se restabeleceu e nunca mais voltou para o manicômio. Essa experiência originou a lei Basaglia, que extinguiu os manicômios judiciais, na Itália. No Brasil, também todos sabemos, o chamado Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico é um “inferno”, não existe imagem e cheiro pior. Então, por que não acabar com isso, aqui também? Mas, no projeto, pelo contrário, criaram ainda mais problemas, inclusive com aumento de tempo de internação.

E por falar de desinstitucionalização, o Projeto acabou com a suspensão condicional da pena e com o livramento constitucional. Por quê? Esses institutos poderiam ser revitalizados e otimizados. No mundo inteiro, aplica-se o livramento condicional (ou *parole*), aplica-se o *sursis* (ou *probation*), mas o Projeto pretende acabar com esses institutos, no Brasil. Onde estão com a cabeça? Onde entra a criminologia? E a política criminal?

Então, finalmente, vocês podem perguntar: mas o Projeto não tem méritos? E eu respondo: sim, o Projeto tem alguns méritos. Ninguém pode negar que a descriminalização da droga foi um ato de coragem. Aplaudo a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal e de plantas para preparar drogas para consumo pessoal. Também merece aplauso a descriminalização do aborto, nas hipóteses de risco para a vida ou saúde da mãe, de gravidez lesiva da dignidade ou por métodos não consentidos, de feto anencefálico ou com anomalias graves e, especialmente, por vontade da gestante sem condições psicológicas para a maternidade, até a 12ª. semana de gestação. Claro, aqui existe a oposição religiosa, trata-se de questão carregada de emoções, mas não é possível continuar o genocídio que a proibição do aborto produz. São milhões de mães que morrem ou sofrem lesões muito sérias porque não podem fazer o aborto no SUS. No caso de aborto por vontade da gestante, nós nos aproximamos da lei alemã, que é ainda mais simples: até a décima segunda semana de gestação, se a gestante manifestar a vontade de abortar, após passar por um procedimento prévio de aconselhamento, recebe um atestado e pratica o aborto em qualquer hospital. Neste ponto, o Projeto representa um avanço.

Por último, a questão da eutanásia também merece palmas: a permissão da ajuda passiva à morte de pacientes terminais que querem

morrer, com o prévio consentimento deles – aliás, o que já ocorre em hospitais, com a suspensão de métodos paliativos em pacientes terminais, precedido de consentimento. O Código Penal deve disciplinar essa questão, atualmente regulada pelo Código Civil, que fundamenta a intervenção cirúrgica e o tratamento médico, em geral, no consentimento do paciente. Não obstante, todas essas mudanças meritórias poderiam ser introduzidas por uma simples lei penal – sem necessidade de um novo Código Penal.

Os defeitos do Projeto são muito maiores do que seus méritos. O Projeto de reforma do Código Penal, não é somente um esforço inútil. É mais do que isso: representa um menoscabo à inteligência jurídica brasileira. É uma agressão contra os direitos humanos do cidadão. É um momento deplorável na história do Direito Penal brasileiro, que nos expôs à chacota e ao ridículo universal. Ou, nas palavras, de Luís Greco, nos expôs à gargalhada do mundo. Em conclusão – e sinceramente: espero que esse projeto não se transforme em lei. Seria uma desgraça nacional. Muito obrigado! ❖

Proteção aos Direitos Fundamentais

Ministro Sebastião Reis Júnior

Superior Tribunal de Justiça - STJ

Especialista em Direito Público pela PUC/MG.

*Temos constantemente a oportunidade de flagrar conhecidos e desconhecidos e a nós mesmos nesse processo de condenar. **O prazer do veredicto negativo é sempre inequívoco.** Trata-se de um prazer rude e cruel, que não se deixa perturbar por coisa alguma. Um veredicto somente é um veredicto se proferido com uma segurança algo sinistra. Desconhece a clemência, da mesma forma como desconhece a cautela. Chega-se a ele com rapidez, e que tal se dê sem reflexão é algo perfeitamente adequado à sua essência. A paixão que o veredicto revela está ligada à sua velocidade. O veredicto incondicional e o veloz são os que se desenham como prazer no rosto daquele que condena. [...] O juiz sentencia continuamente, por assim dizer. Seu veredito é a lei. O que ele julga são coisas bastante específicas; seu extenso saber acerca do bem e do mal provém de uma longa experiência. **Mas aqueles que não são juízes – aqueles que ninguém designou nem designaria em sua consciência para tal cargo –, mesmo esses se atrevem sem cessar a proferir veredictos, e em todas as áreas. Nenhum conhecimento objetivo é exigido para tanto: podem-se contar nos dedos aqueles que reservam para si seus veredictos porque deles se envergonham. Essa enfermidade de julgamento é uma das mais disseminadas entre os homens, acometendo praticamente a todos.**¹*

¹ CANETI, Elias – Prêmio Nobel de Literatura em 1981, citado por René Ariel Dotti, in *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, 4ª ed., p. 92, grifo nosso.

*A ocorrência de um imenso número de fatores determinantes da criminalidade violenta em nível mundial, por um lado, e a liberdade de informação, por outro, têm provocado vagas de insegurança coletiva que são multiplicadas ao infinito pelos meios de comunicação por satélite. **A reação a esse fenômeno, no plano interno, tem como resposta imediata o acréscimo de propostas de medidas repressivas.** Os crimes classificados como hediondos são apresentados pelos mass media e por alguns políticos como um fenômeno terrível, gerador de insegurança e causado pela suposta dulcificação da lei penal. O remédio contra esse mal não seria outro senão o implemento de reformas ditadas pela ideologia da repressão, fulcrada em severos regimes punitivos e que aparecem sob a capa de movimento de lei e de ordem.*²

*O pior que poderia acontecer aos regimes liberais e pluraristas do Ocidente seria, a pretexto do terrorismo, afastarem-se dos grandes princípios jurídicos que tanto lhes custou conquistar e sedimentar nas suas Constituições, nas suas leis e nas suas culturas cívicas. **O pior que poderia acontecer seria, afinal, a pretexto do terrorismo, ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito.***³

*O terrorismo semeia o terror nas estruturas fundantes do Direito Constitucional e do Direito Penal. Estes dois direitos parecem mesmo transportar a cruz da ruptura antropológica que os dilacera. **O golpe fractal vai até tão fundo que, segundo alguns autores, são as próprias raízes ônticas do direito penal (e, também, como veremos, do direito constitucional) a sofrer com os exorcismos e os estigmas dos novos slogans securitários tais como o law and order, Zero Tolerance e Broken Windows.***⁴

2 DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 90, grifo nosso.

3 MIRANDA, Jorge. "Os direitos fundamentais e o terrorismo", in *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Princípios, fl. 501, grifo nosso.

4 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Terrorismo e direitos fundamentais", in *Estudos sobre direitos fundamentais*, fl. 233, grifo nosso.

De toda forma, nada mais perigoso para a Democracia e para o Estado de Direito do que o vilipêndio ao direito de defesa, fundado em uma difusa ânsia pela condenação, pela prisão, por um espetáculo que satisfaça os mais íntimos desejos de vingança.

Garantir o direito de defesa é assegurar a racionalidade da punição. É fazer valer o mais importante limite ao arbítrio. Não por acaso tal direito está previsto na Constituição, no Pacto de San José da Costa Rica, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos mais diversos tratados e convenções. É um direito humano contrapor à acusação argumentos, recursos e disposições legais que favoreçam o acusado.

Querer impedir o uso de boas defesas diante da avassaladora ansiedade pela condenação, além de ilegal, é covarde e imoral. Quando a sociedade, o Estado, a mídia voltam suas baterias contra o acusado, resta-lhe o advogado de defesa, muitas vezes o último e único a lhe escutar, ouvir sua versão, e levá-la a Juízo para um julgamento justo. Como dizia Carnelutti “a essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada, ao lado do acusado, quando todos o apontam”. Retirar-lhe até isso, até esse último e no mais das vezes solitário apoio, é institucionalizar o linchamento.⁵

Essas citações são de literatos (Elias Caneti), penalistas (René Ariel Dotti, Alberto Zacharias Toron, Pierpaolo Cruz Bottini e Celso Sanches Vilardi) e constitucionalistas (Canotilho e Jorge Miranda). Elas revelam uma realidade que, pelo que percebo, atinge hoje as principais democracias mundiais.

Todas mostram o surgimento de um sentimento de vingança, impotência, raiva, que toma conta da sociedade como um todo e que quase obriga o legislador e a própria justiça a imporem um Direito Penal expan-

⁵ TORON, Alberto Zacharias; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; VILARDI Celso Sanches. "Podem os advogados defender pessoas más?" Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 6/6/2012, grifo nosso.

sionista, sempre usando a necessidade de se garantir e preservar a ‘segurança dos cidadãos’ como motivo.

Direitos e garantias individuais conquistados, às duras penas, ao longo do tempo, estão sendo colocados em segundo plano, em razão dos sentimentos de insegurança e vingança que afligem a sociedade.

René Dotti ensina-nos que “em muitas situações o abuso da liberdade de informar estimula o sentimento de insegurança e a vaga de anomia quando a divulgação dos crimes mais graves estabelece a massificação da responsabilidade criminal e a subversão do princípio da presunção de inocência.”⁶

Janio de Freitas, ao analisar recentemente a cobertura pela imprensa do julgamento do chamado ‘Mensalão’, diz, em outras palavras, que o próprio Supremo Tribunal Federal pode ser objeto de pressão por parte da mídia; pressão esta que eventualmente pode inibir sua liberdade de decidir, uma das garantias presentes em um Estado Democrático:

Os trabalhos jornalísticos com esforço de equilíbrio estão em minoria quase comovente.

Na hipótese mais complacente com a imprensa, aí considerados também o rádio e a TV, o sentido e a massa de reportagens e comentários resulta em pressão forte, com duas direções.

Uma , sobre o Supremo. Sobre a liberdade dos magistrados de exercerem sua concepção de justiça, sem influências, inconscientes mesmo, de fatores externos ao julgamento, qualquer que seja.

Essa é a condição que os regimes autoritários negam aos magistrados e a democracia lhes oferece.

Dicotomia que permite pesar e medir o quanto há de apego à democracia em determinados modos de tratar o julgamento do mensalão, seus réus e até o papel da defesa.

⁶ *Op. cit.*, p. 94.

O outro rumo da pressão, é claro, a opinião pública que se forma sob as influências do que lhe ofereçam os meios de comunicação.

Se há indução de animosidade contra os réus e advogados, na hora de um julgamento, a resposta prevista só pode ser a expectativa de condenações a granel e, no resultado alternativo, decepção exaltada, com a consequência de louvação ou repulsa à instituição judicial.⁷

Neste contexto, como diz Silva Sanches,

pelo menos uma dimensão do Direito Penal vem se desenvolvendo na linha de um Direito Penal de defesa contra perigos. Isso, muito provavelmente, se deve à desorientação normativa e ao medo do crime que experimentam grandes camadas da sociedade, assim como às necessidades de controle de uma sociedade de riscos. O importante é não ignorar essa tendência, levá-la a sério e enfrentar o desafio de construir um Direito da segurança que atenda às exigências do Estado de Direito.⁸

O Estado está sendo derrotado pelo crime organizado. Organizações criminosas apresentam-se mais estruturadas e aparelhadas que a máquina estatal. O tráfico de drogas tomou conta da sociedade, o medo do cidadão comum atingiu níveis nunca antes vistos. Ele se sente inseguro de fazer as ações mais corriqueiras do dia a dia como andar de ônibus ou ir a um restaurante e passa a exigir do Estado uma ação de força, uma demonstração de poder e controle.

O fato é que o Estado não toma mais a iniciativa; age hoje provocado pela mídia e pela sociedade.

Surgem leis pontuais que, em reação ao reclamo social, muitas vezes populista, criam novos tipos penais, considerando fatos que, em período de normalidade, não mereceriam atenção (posso citar o *bullying*,

⁷ Jornal a **Folha de São Paulo**, 31.07.2012

⁸ In "Aproximação ao direito penal contemporâneo". **Revista dos Tribunais**. 2011, p. 77.

que, pelo projeto de Código Penal apresentado recentemente poderá tornar-se crime), ou penalizam com maior rigor tipos já existentes (Lei de Crimes Hediondos, por exemplo, que impõe o regime fechado como único para cumprimento de penas em razão de determinados crimes), sem o cuidado de respeitar uma estrutura penal já existente.

Para René Ariel Dotti estamos diante de uma legislação de pânico.⁹ Já para o Prof. Antônio Baptista Gonçalves, “o resultado prático é um verdadeiro Frankenstein normativo, ou melhor, uma completa colcha de retalhos de normas, estas, que são criadas para responderem problemas imediatos, mas que não têm uma conexão com o sistema em si.”¹⁰

A reforma de leis penais parece ser uma resposta mais simples ao reclamo popular, sendo para o Estado mais cômodo achar um culpado (o criminoso) e puni-lo, remediando, ou tentando remediar, um problema do que solucioná-lo na sua origem, que em sua grande parte é de causa social e econômica.

Esse fenômeno é constatado por André Luis Callegari e Fernanda Arruda Dutra:

*Uma consideração que não se pode olvidar é a trazida por Baratta quando coloca em jogo a eficiência do Direito Penal e a eficiência do pacto social, principalmente quando entram em jogo determinadas **normas de caráter meramente publicitário, mas, que em contrapartida, trazem como reflexo, outras normas que suprimem direitos e garantias individuais.***

Isso fica claramente demonstrado em nosso país como as legislações próprias de emergência, que visam ‘acalmar’ a população ou ‘conter’ um determinado tipo de criminalidade, porém, trazem sob um manto cinzento a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, onde o caráter publicitário ganhou força, porém não se demonstrou uma efetividade com a edição da referida lei.¹¹

⁹ *Op.cit.*, p. 95.

¹⁰ "Direito Penal do inimigo e a globalização: quando a exceção se torna a regra – uma análise crítica", *LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 266, fl. 12.

¹¹ *In* "Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais". *Revista dos Tribunais*. Ano 96, v. 862, agosto de 2007, p. 431, grifo nosso.

Como disse recentemente o Prof. Miguel Reale Junior o erro está em *you establish a punishment, an interference of the Criminal Law in facts that must be dealt with by the educational process, educational process in school, educational process in family, and not with the penal representation. Imagine that bringing punishment of the Criminal Law to resolve the things, that we go to sleep tranquil because the Criminal Law is resolving everything. It is the absence of informal controls, school, church, family, the union, the club, the association of the neighborhood, the neighborhood etc. All these are natural, social, social control forms. When the informal controls already do not act, they reinforce the Criminal Law as a savior. It passes to be the loser of all expectations.*¹²

O fato é que o crime surge e cresce onde o Estado se mostra falho, inseguro, ausente. No Brasil, é notório o fenômeno que atinge as nossas favelas, onde o crime organizado – o tráfico – supre a carência do Estado, oferecendo o que este não consegue prover – segurança, hierarquia, ordem, saúde, educação.

Como diz Alexandre de Moraes,

*uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são evidentemente, entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento não tão desenfreado e incontrolável quando alardeiam da criminalidade.*¹³

A solução que se apresenta é o expansionismo do Direito Penal com a relativização de direitos, o que pode fazer surgir, a título de se proteger o 'estado de direito', um regime totalitário, opressor, em que os fins justificam os meios. O Direito Penal, que tem natureza subsidiária, constituindo a *ultima ratio*, torna-se o remédio para todos os males, convertendo-se na *prima ratio*.

12 In <http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp>

13 Citado por Antonio Baptista Gonçalves, in "Direito Penal do inimigo e a globalização: quando a exceção se torna a regra – uma análise crítica", LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Ano 23, outubro de 2011, n. 266, fl. 23.

Estamos diante de um confronto entre prevenção e garantias – “quanto maior prevenção, maior detrimento de garantias; quanto maior maximização das garantias, menor funcionalidade preventiva”¹⁴ –, em que parece predominar o entendimento de que “é mais importante hoje ceder garantias para aumentar a segurança”¹⁵.

Surgem e ganham força, mesmo que de modo não ostensivamente assumido, práticas próprias do ‘direito penal do inimigo’, em que o indivíduo é considerado como um potencial perigo à sociedade, podendo-se contra ele agir não só de modo repressivo, mas também preventivo, aplicando-se-lhe, antecipadamente, uma sanção ou uma medida de segurança. Tudo para se garantir a paz social. Há “uma ampla antecipação da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, pelo incremento notável das penas, e pelo relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais.”¹⁶

Com o direito penal do inimigo passamos a ter duas categorias de cidadãos: aqueles tutelados pelo – podemos assim chamar – Direito Penal ordinário, que são as pessoas que praticam o crime de modo esporádico, eventual, que cometem um erro; e aqueles tratados por um Direito Penal próprio, mais rigoroso, em que os direitos individuais são relegados a segundo plano, que são os indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico vigente, por serem reincidentes, criminosos habituais, profissionais do crime e integrantes de organização criminosa, ou seja, os ‘inimigos’.

Não nego que, como cidadão, a reação imediata, natural ao crime que hoje assola a nossa sociedade, muitas vezes cometido por meios cruéis, desumanos, abusivos, seja esta que hoje existe: expansionismo do direito penal, com o incremento das penas e sanções como a solução mais eficaz e como a resposta necessária para punir os responsáveis pela intransigência que hoje toma conta de todos nós.

Entretanto a emoção não pode preponderar. Tal reação é natural e esperada por parte do cidadão comum, vítima desse tipo de crime – que se equipara a uma indústria estruturada e organizada – e que se torna mais violento a cada dia que passa; mas não pode tal reação ser a do Estado, que legisla e aplica as leis.

14 CRESPO, Eduardo Demetrio. "O 'Direito Penal do inimigo'" DARF NICHT SEIN. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Ano 3, janeiro-junho de 2006, fl. 126.

15 ZAFFARONI, citado por Eduardo Demetrio Crespo. *Op. cit.*, fl. 126.

16 CRESPO, Eduardo Demetrio. *Op. cit.*, fl. 133.

Pertinente o alerta de Callegari e Fernanda Dutra:

O direito penal do inimigo defendido por Jakobs, conforme já abordado, tem como um de seus pressupostos a separação do direito penal dos cidadãos e o direito penal do inimigo. Entretanto, tal posição não se coaduna com o Estado de Direito. A justificação da proteção do cidadão através de políticas de segurança com restrição de direitos fundamentais sempre foram a justificativa encontrada por Estados autoritários para combater o que alegavam ser caos e a insegurança.

Em qualquer parte do globo, observamos cidadãos amedrontados seja pelo terrorismo, pelo tráfico ou pela máfia. A ideia de que estes 'inimigos' como os denomina Jakobs, que se negam a ingressar no estado de cidadania, não gozem dos mesmos direitos assegurados ao cidadão é deveras tentadora. Os 'inimigos' não foram signatários do pacto social e, portanto, não podem participar dos benefícios assegurados por este. Mas não podemos ser imediatistas. A questão deve ser considerada através das consequências advindas a longo prazo. E neste caso, a preocupação se torna ainda maior.

[...]

Este direito penal de exceção pregado por Jakobs vai de encontro aos princípios liberais basilares do Estado de Direito. Por mais grave e desumana que tenha sido a conduta de um infrator, a ninguém, nem ao Estado é permitido tratá-lo como um ser desprovido dos mais elementares direitos. A partir do momento em que permitimos esta violação com justificação excepcional estaremos abrindo perigo precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos.¹⁷

O Direito Penal tem que se atualizar, tem que responder à nova realidade, não se nega esse fato mas isso não significa que deva fazê-lo de modo precipitado, instintivo, pontual, EMOTIVO. As soluções devem

¹⁷ *Op. cit.*, p. 438/439.

ser coerentes com uma estrutura normativa já existente. Não podemos permitir que modificações pontuais criem desproporcionalidades inaceitáveis, em que crimes menores sejam punidos com mais rigor do que crimes maiores ou em que a punição se imponha de forma abstrata, genérica, sem se considerar a situação concreta e pessoal do infrator e as circunstâncias do crime.

Além do mais,

o Direito Penal deve acompanhar a dinâmica social procurando adaptar-se às necessidades de proteção de bens e de interesses valorizados pela sociedade, desde que a tutela por parte de outros ramos do Direito tenha se mostrando inócua, isto tendo em vista o seu caráter subsidiário. Por outro lado, sua abrangência não pode ser ilimitada e descriteriosa alcançando quaisquer condutas, pois deve ser sua atuação ter como parâmetros seus princípios e postulados, instituídos a favor da preservação da liberdade e de outros direitos individuais, que poderão ser violados se a dogmática penal não foi obedecida.¹⁸

Exemplos desse abuso de leis penais são os dispositivos legais recentemente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal que impediam ao condenado por tráfico de drogas, independentemente do tamanho da pena, a substituição por penas restritivas de direito ou a adoção de outro regime que não aquele mais gravoso – o fechado.

Nossa Suprema Corte entendeu que tais dispositivos ofendiam o princípio constitucional da individualização da pena. Eles são a mostra viva e recente de que o legislador não pode agir de forma impensada, refletindo única e exclusivamente uma vontade popular de vingança e a necessidade de demonstração de força e poder. Existem princípios que devem ser considerados e respeitados.

Como escreve Jorge Miranda, “os direitos apenas podem sofrer limites em nome da ordem pública, quando tal seja exigido pela preservação da ordem constitucional democrática; tal como, em contrapartida, os

18 OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. "Reflexões sobre os crimes econômicos". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, Ano 3, jul-set 1995, fl. 98.

direitos não podem ser exercidos em liberdade e igualdade sem ordem pública.”¹⁹

Mais adiante, diz ele, ainda, que:

por imperativo quer da verdade e da legalidade, quer do respeito que é devido à dignidade de qualquer pessoa, mesmo quando culpada, um Estado de Direito tem de se adstringir a determinadas regras, como sejam:

a) Em caso algum, pode alguém perder ou ser privado, definitiva ou temporariamente, de todos os seus direitos e liberdades;

b) Em caso algum, pode haver restrição, suspensão ou privação individual de direitos como direito à vida ou à integridade física, os direitos dos arguidos ou a liberdade de religião (art. 4º, nº 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 15, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 19, nº 6, da Constituição portuguesa);

c) Tão pouco é admissível a privação com carácter perpétuo ou com duração ilimitada ou indefinida de qualquer direito ou liberdade;

d) Nenhuma medida de polícia pode efectivar o conteúdo essencial dos direitos, salvo em estado de sítio;

e) Aos tribunais cabe, e apenas a eles, a aplicação de quaisquer sanções criminais, e a lei definidora da sua competência tem de ser geral, abstracta e anterior ao crime;

*f) Deve ser garantido o direito de recurso para um tribunal superior.*²⁰

A realidade que nos apresenta, porém, é outra. A ‘segurança do cidadão’ endossa o uso cada vez mais constante de ações preventivas e repressivas, agora legitimadas por restrições legais e, às vezes, constitu-

¹⁹ "Direitos Fundamentais e Polícia", in *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Principia. 1ª ed., p. 461.

²⁰ *Op. cit.*, fl. 496.

cionais, ações essas que restringem, e não simplesmente limitam direitos fundamentais. Como diz Canotilho:

*É fácil de ver que a desestabilização do sistema penal, nos seus princípios e na sua dogmática, equivale também a uma radical alteração dos princípios fundantes e dos princípios estruturantes do direito constitucional. A própria natureza e caracterização dos dois direitos como ‘direitos fragmentários’, um porque (o direito constitucional) se deve conceber como ‘ordem quadro fundamental’, outro (o direito penal) porque se autolimita como ultima ratio à proteção dos bens jurídicos criminais nos quadros do ordenamento jurídico-constitucional, sofre os efeitos da expansão do ‘inimigo’. **A pressão recai sobre as Constituições, obrigando-as a rever os respectivos textos, sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em exceções e as exceções em regras** (exemplo: quanto às hipóteses de violação do domicílio, quanto à interceptação das comunicações, quanto à vigilância da privacidade, quanto à extradição de nacionais). O estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade, sem as restrições do ‘direito de necessidade’. **O direito penal abre-se a novos tipos de ilícito e acolhe conceitos de eficácia que põem em dúvida a sua radical autolimitação de direito de ultima ratio em instrumento de polícia e de cruzada contra os ‘inimigos’. Com as mutações naturais da sua historicidade, um direito penal de permanência evolui para um direito penal de emergência.***²¹

Na verdade, ousou dizer que devemos nos perguntar também: Qual o “valor mais nobre”? O valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais os “limites” do direito à prova? O “modo de agir” pode valer mais do que o “resultado”? Como devem ser vistas as regras probatórias?

De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comuni-

21 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 237, grifo nosso.

cações telefônicas, bancário e fiscal), entre outros direitos individuais; de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas.

Frente a essas reflexões, nada melhor, então, do que nos socorrer dos ensinamentos dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que assinalam:

Uma ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.

[...]

E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

[...]

*É por isso que a **investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método, através do qual se indaga, deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.***

*Assim entendido, o **rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na***

disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas **assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado**: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, **as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade**: seu valor é um valor de garantia.

[...]

O que releva notar é que uma coisa são as regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, **são as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova**. Estas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, **ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício**.

[...]

É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros.

Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.²²

A questão em debate, como se pode perceber, não é simples; é, na verdade, extremamente delicada justamente por envolver direitos funda-

22 "As Nulidades no Processo Penal". *Revista dos Tribunais*. 12ª ed., p. 123/125, grifo nosso.

mentais. Minha colega Ministra Maria Thereza, por ocasião do julgamento do HC n. 137.349, disse que é **indispensável** observar os fundamentos da “**proporcionalidade**”, sob pena de se “**banalizar**” e até mesmo “**vulgarizar**” muitas das “**garantias constitucionais**”, como a que está assentada no art. 5º, X, da Constituição Federal: **Direito à intimidade e à privacidade**. Não tenho como discordar.

Não muito distante da realidade cotidiana, vê-se, em alguns casos, a persecução penal por instrumentos que visam adentrar na intimidade ou na privacidade do indivíduo com o escopo de utilizar o material obtido nessa persecução, na via processual penal, como meio de prova, fortalecendo e elucidando os fatos para que o *ius puniendi* do Estado tenha seu desfecho concretizado e a justiça, em tese, seja alcançada.

Nesses moldes e tentando estabelecer limites para essa persecução, o próprio Estado fixa parâmetros objetivos e positivados a fim de tentar resguardar alguns preceitos humanos, como a intimidade, a privacidade etc.

Premissas constitucionais como a do art. 5º, XII, da Constituição brasileira, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, ressalvado por ordem judicial nas hipóteses estabelecidas por lei; a do inciso X da mesma ordem constitucional, que menciona acerca da **inviolabilidade à intimidade, à vida privada** etc; a do inciso LIV, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e do inciso LVI da Constituição Federal, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; são todas garantias constitucionais que, ao longo da história, com um garrido esforço da sociedade, foram conquistadas para assim permanecerem, e nem mesmo o Estado, **sem justo motivo, poderá violá-las**.

Portanto, devem o Estado-juiz (magistrado), o Estado-administração (representante do Ministério Público), a autoridade policial, os coligados numa ordem reta com poderes de investigação se ater à ordem jurídica limitadora e garantidora dos interesses pessoais do indivíduo para, assim, sem ultrapassar essas garantias, colaborar para o processo de uma forma legal, fornecendo materiais probatórios sem vícios legais e válidos para a trilha processual criminal.

Tais garantias não podem ser objeto de restrições fundadas apenas em atenção ao anseio popular por uma resposta ao crescendo da criminalidade.

Esse alerta é importante, porque a ‘segurança do cidadão’ e a ‘satisfação do interesse público’ são sempre usadas como desculpas não apenas para alterações legislativas, como a criação a toque de caixa de leis que criam tipos penais e restringem direitos, mas também para a própria atuação do Poder Judiciário, que ‘interpreta’ muitas vezes de forma mais ampla exceções a direitos garantidos em lei ou mesmo na própria Constituição.

Não é necessário muito esforço para citar um exemplo. A legislação que cuida das interceptações telefônicas é clara ao estabelecer que estas podem ocorrer por um período de quinze dias, prorrogável por mais quinze dias. Não demorou muito e, em que pese a existência de algumas vozes destoantes e isoladas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que esse prazo não é peremptório, podendo a interceptação ser prorrogada por prazo indeterminado, desde que de forma justificada.

O respeito efetivo pelos **direitos individuais** e pelas **garantias fundamentais** outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos representa, em geral, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição Federal.

A restrição de um direito constitucionalmente previsto deve ser **“excepcional, expressamente estabelecida em lei e guardar proporcionalidade, o que significa dizer que a medida restritiva deve ser adequada, necessária e proporcionada aos fins a que se destina”**.

O Ministro Ilmar Galvão (Supremo Tribunal Federal) deixou-nos ensinamento preciso quando analisou a validade de provas obtidas de forma ilícita:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação de convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva em muito ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se

paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra Jurisprudência Criminal, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º., inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.²³

Não podemos permitir que a necessidade de se garantir a segurança do cidadão seja usada como desculpa pelo Estado para continuar se omitindo quanto às ações necessárias para se solucionar, na origem, os problemas decorrentes do crime organizado. O fato é que é extremamente cômodo e conveniente que a única solução que se veja para o aumento crescente dessa criminalidade organizada, qualquer que seja a sua natureza (drogas, crimes econômicos, jogos etc), seja o expansionismo penal.

E digo isso também porque não consigo ver qualquer resultado prático no endurecimento penal; até porque é sabido que nosso país não possui hoje um sistema penitenciário capaz de receber a quantidade de presos que sofrerão as consequências do excesso de criminalização e penalização. Ou seja, no fundo, estaremos estimulando a criação e o aperfeiçoamento de novos profissionais do crime diante da deplorável estrutura carcerária, onde se juntam em um só ambiente criminosos profissionais, homicidas, estupradores, traficantes, e aqueles do ‘baixo claro’, iniciantes, que acabam sendo cooptados pelos mais antigos e experientes, muitas vezes até em razão de revolta.

Concluo, citando Crespo, para quem

o chamado discurso das garantias não é uma espécie de luxo ao qual cabe renunciar em tempos de crise, e nem uma tese conservadora. Em minha opinião é um discurso claramente progressista e crítico, porque pretende salvaguardar um modelo de direito penal estritamente vinculado às garantias do estado de direito que devem reger todas as pessoas. Substituir a ‘racionalidade valorativa’ inerente a este por uma ‘racionalidade pragmática’, justamente quando faz falta de-

23 Ação Penal n. 307-3/DF, DJ 13/10/1995, grifo nosso.

fender esses princípios, é uma forma de dar validade a uma transformação dos parâmetros político-criminais altamente discutível. Sem dúvida são muitas as faces do direito penal e uma que não é possível esquecer em nenhum caso, é a de protetor e garantista.”²⁴

Garantir a segurança do cidadão, acho eu, é garantir a eficácia de direitos e garantias fundamentais, e não os fragilizar aos poucos de modo a permitir, eventualmente, o surgimento de um regime autoritário ou mesmo totalitário. ❖

²⁴ *Op. cit.*, p. 130.

O Princípio da Lesividade na Reforma Penal

Prof. Ms. Tiago Joffily

*Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na qual é doutorando em Direito Penal. Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor do livro **Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**.*

A leitura do texto revela que o Projeto conta com **retrocessos evidentes** (como, p. ex., a introdução do instituto da barganha em nosso ordenamento jurídico), **erros crassos** (como, p. ex., a punição do crime de lesão corporal praticado com culpa temerária com o dobro da pena prevista para o crime de lesão corporal dolosa) e, também, com alguns poucos **avanços verdadeiros** (como, p. ex., a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal).

Nesta fala, contudo, gostaria de me dedicar a uma outra figura também abundante no Projeto de novo Código Penal: a dos **falsos avanços** (ou dos **retrocessos enrustidos**).

Esses **falsos avanços** estão presentes em vários pontos do Projeto e se caracterizam pela incorporação formal de institutos limitadores do poder punitivo já amplamente aceitos na doutrina e jurisprudência pátrias, mas sempre de forma condicionada, numa espécie de recuo estratégico do punitivismo para preservá-lo naquilo que ainda é possível.

Um exemplo claro desses **falsos avanços** é o **art. 96, § 2º**, do Projeto, que limita o prazo de duração das medidas de segurança ao máximo de pena cominada ao delito em abstrato, desde que este não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Embora o Código atual não defina nenhum prazo máximo de duração para as medidas de segurança, é absolutamente tranquilo na doutrina que nenhuma pessoa (imputável ou não) pode ficar com sua liberdade restringida em caráter indefinido. Quanto a isso, a própria Constituição da República é absolutamente clara ao dispor, no art. 5º, inciso XLVII, que não há no Brasil pena de caráter perpétuo. Assim, não

há dúvidas de que as medidas de segurança (que também são penas em sentido *lato*) não podem ter duração indefinida. O que é, de fato, controvertido na doutrina, hoje, é qual o prazo máximo de duração das medidas de segurança a ser observado, vez que, até agora, nenhum é expressamente previsto no Código. Pois bem. É nesse contexto que o Projeto vem afirmar que os prazos serão os mais alargados possíveis: a) tratando-se de crime sem violência ou grave ameaça, o prazo será o máximo cominado ao crime em abstrato, ainda que, em função das circunstâncias do caso concreto, seja absolutamente seguro que nenhuma pessoa, por mais imputável que fosse, receberia pena acima do mínimo legal; b) tratando-se de crime de maior potencial ofensivo praticado com violência ou grave ameaça a pessoa (perseguição obsessiva ou *stalking*, por exemplo¹), o prazo será o máximo admitido em todo o ordenamento (30 anos), o que é bastante ilustrativo de como o Projeto, muitas vezes, “avança” dando dois passos atrás.

Outro exemplo bastante claro de *falso avanço* constante do Projeto diz respeito à positivação do princípio da insignificância, realizada no art. 28, § 1º, assunto, este sim, já diretamente relacionado com o tema de minha apresentação.

A princípio, poderia parecer aos menos avisados que a inclusão no próprio texto legal dessa hipótese de exclusão da tipicidade (ou da anti-juridicidade), até então trabalhada somente no campo da doutrina e da jurisprudência, seria um verdadeiro avanço em termos de contenção do poder punitivo, uma vez que evitaria a condenação de pessoas pela prática de condutas que não afetam de forma significativa a esfera de existência de ninguém. Nada obstante, o tratamento dispensado pelo Projeto ao princípio da insignificância desvirtuou de tal maneira o instituto, que, da forma como está previsto, ele já não se presta mais à tarefa de excluir da intervenção punitiva estatal condutas que afetem bens jurídicos apenas de forma irrisória, mas sim ao propósito contrário de legitimar meras desobediências ao comando contido no tipo incriminador.

No art. 28, § 1º, diz o Projeto que não há fato criminoso quando **cumulativamente** se verificarem as seguintes condições:

1 Art. 147. **Perseguir alguém**, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade: Pena – prisão, de dois a seis anos. **Parece a própria descrição de como é o maluco (direito penal do autor).**

- a) *mínima ofensividade da conduta do agente;*
- b) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;*
- c) *inexpressividade da lesão jurídica provocada.*

Há, neste dispositivo, uma série de incongruências que gostaria de analisar e que são bastante ilustrativas da falta de rigor técnico, e também lógico, que marca todo o texto do Projeto.

Para melhor visualizar essas incongruências, no entanto, parece útil recorrer a dois outros dispositivos.

O primeiro deles é o art. 14, *caput*, que define fato criminoso como:

O fato criminoso

*Art. 14. A realização do fato criminoso exige **ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.***

De cara, há nesse dispositivo uma contradição lógica que não posso deixar de apontar. Diz o art. 14 que não há fato criminoso sem que se *“**produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico**”*.

Ora, o produto de qualquer coisa só pode ser algo que efetivamente ocorreu, do contrário, não é um produto, mas sim uma mera possibilidade, uma expectativa. Da mesma forma, aquilo que existe apenas como potência não pode ser considerado já como um produto de algo, pois ainda não tem existência real.

Desta forma, ao condicionar a existência do fato criminoso à produção de uma ofensa potencial, o Projeto incorre em uma contradição lógica, pois uma situação como esta é simplesmente impossível. Nada pode já ser e ainda não ser ao mesmo tempo. A menos que se esteja falando de um **tipo penal quântico**.

Bom. Colocando de lado essa impropriedade lógica, quero chamar atenção para duas consequências jurídicas da regra insculpida no art. 14: **primeiro**, que não há crime sem ofensa a bem jurídico, o que poderia sugerir, ao menos aparentemente, um compromisso rigoroso do Projeto com o princípio da lesividade; **segundo**, que o elemento da culpabilidade não compõe o conceito analítico de crime, sendo apenas uma condição para a imposição de pena.

Essa última consequência, aliás, vem confirmada pelo parágrafo único do art. 1º (artigo que trata do princípio da legalidade), em que restou expressamente consignado que “*não há pena sem culpabilidade*”.

Aparte a questão da obscura correlação vislumbrada pelos autores do Anteprojeto entre os princípios da legalidade e da culpabilidade (a qual não foi esclarecida na Exposição de motivos)², o fato é que a introdução dessa novidade no texto nada mais é do que uma tentativa de impor (agora via legislativo) um conceito de crime absolutamente minoritário na doutrina brasileira, segundo o qual o delito seria formado apenas pela conduta típica e ilícita, sendo a culpabilidade mera condição para a aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus etc).

Não vou aqui tratar do acerto, ou não, desse ponto de vista doutrinário. O que me parece relevante destacar é a absoluta incongruência que existe entre estes dois dispositivos – art. 1º, parágrafo único, e art. 14, *caput*, – e aquele que trata do princípio da insignificância.

Ora, de acordo com o art. 14, *caput*, c/c art. 1º, parágrafo único, o crime seria constituído exclusivamente pela conduta (ação ou omissão), dolosa ou culposa, que produza ofensa a determinado bem jurídico. Sem ofensa a bem jurídico, portanto, não há fato criminoso. Por mais reprovável (leia-se culpável) que uma conduta qualquer possa ser, ela não é criminosa se não produz ofensa a bem jurídico, diz o art. 14, *caput*, sendo certo que a culpabilidade serve apenas para estabelecer a medida da pena a ser imposta, e não para fundamentar a incriminação (ou injusto, o que dá no mesmo para o código), arremata o art. 1º, parágrafo único.

Ocorre que, ao tratar do princípio da insignificância, o art. 28, § 1º, incluiu dentre os requisitos cumulativos para a exclusão do fato criminoso o “*reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*” (alínea b), causando enorme perplexidade para quem vinha tentando acompanhar a lógica utilizada nos artigos precedentes.

É que, depois de afirmar, categoricamente, nos artigos 1º e 14, que não há crime sem ofensa a bem jurídico, o Projeto resolve abrir uma exceção a essa regra, afirmando que, ainda que em determinado caso concreto

2 Uma explicação possível para essa curiosa combinação dos princípios da legalidade e da culpabilidade num mesmo dispositivo legal talvez esteja na necessidade, que se auto-impôs a Comissão, de encerrar a Parte Geral do Código em 120 artigos, de modo a possibilitar que a Parte Especial fosse iniciada com a tipificação do delito de homicídio no mesmo art. 121, cujo indicativo numérico já teria ingressado, segundo a apresentação do Relator Geral, “*no ‘patrimônio imaterial’ dos aplicadores e estudiosos do Direito Penal*”, ao lado dos arts. 155 (furto), 157 (roubo) e 171 (estelionato).

a ofensa seja irrisória, insignificante, desprezível, haverá crime desde que o comportamento do sujeito seja em alguma medida reprovável. Assim, por exemplo, seria criminosa a conduta daquele que, aproveitando-se da condição de cego da vítima, subtrai-lhe a caneta BIC que esta traz no bolso.

O problema é que, se o que confere a qualidade de crime a determinadas condutas é o fato dela ser ofensiva a bens jurídicos (art. 14, *caput*), então de onde, afinal, decorre a natureza criminosa da conduta daquele que furta uma simples caneta BIC?

A resposta a essa indagação é dada pelo Projeto nas entrelinhas, mas isso não a torna menos preocupante: o caráter criminoso da conduta surge da pura e simples violação ao comando legal; da audácia do sujeito de desobedecer, de forma reprovável, a ordem impositiva contida no tipo penal.

Com isso, já é possível antever em que medida a inserção do princípio da lesividade no *caput* do art. 14 pode também ser considerada um *falso avanço*, pois não passa de uma frase de efeito, sem efeito vinculante sequer para os demais dispositivos do próprio Projeto.

A análise das duas outras alíneas do art. 28, § 1º, aliás, confirma esta tese de que o princípio da lesividade, estampado no *caput* do art. 14, não passa de um *falso avanço*.

As duas outras condições para a exclusão do fato criminoso com base no princípio da insignificância são: *a) a mínima ofensividade da conduta*; e *c) a inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

A **ofensa** a bem jurídico (alínea a) e a **lesão** jurídica provocada por uma conduta (alínea c) são expressões tidas por sinônimas na doutrina.

Aparentemente, o que quis o Projeto distinguir entre as alíneas “a” e “c” do art. 28, §1º, foi a **potencial afetação do bem jurídico**, como característica da conduta típica, de um lado, e a **efetiva afetação do bem jurídico**, como resultado causal da prática da conduta potencialmente lesiva, de outro. Desta forma, para que se possa afastar a tipicidade (ou a ilicitude, não se sabe ao certo) de uma conduta com base no princípio da insignificância é preciso que ela, além de apresentar reduzidíssima reprovabilidade: (i) apresente uma potencialidade lesiva mínima; e (ii) não chegue a afetar o bem jurídico, concretamente, de forma expressiva.

Essa distinção entre potencialidade lesiva, como parte integrante do desvalor da ação, e lesividade efetiva (dano ou perigo concreto de dano),

como parte do desvalor do resultado, foi difundida nas últimas duas décadas juntamente com uma específica teoria da imputação objetiva – a do funcionalismo teleológico de Roxin – que é também explicitamente acolhida no Projeto (art. 14, parágrafo único).

Segundo essa concepção (que é muito mais antiga do que funcionalismo em si, remontando à obra de Wilhelm Gallas e, em última análise, a do próprio Karl Binding), a periculosidade seria como um atributo objetivo do desvalor da ação, aferível segundo o critério da *prognose póstuma*, ou seja, *ex ante factum*, de modo a evidenciar que não basta para configuração do desvalor da ação a simples exteriorização da vontade contrária à norma incriminadora; além disso, é preciso que a conduta voluntariamente exteriorizada seja objetivamente capaz de lesionar bens jurídicos, ainda que, na prática, o tipo legal dispense a ocorrência desse resultado danoso ou concretamente perigoso para o aperfeiçoamento do delito.

Esse critério da periculosidade *ex ante* da conduta vem tendo aceitação crescente nas doutrinas alemã e espanhola, ao argumento de que com ele seria possível conciliar a existência de incriminações baseadas no puro desvalor da ação, sem que se tenha que romper de forma absoluta com o princípio da lesividade.

O argumento é mais ou menos o seguinte: há de fato incriminações que não exigem a ocorrência de qualquer resultado lesivo ou concretamente perigoso para o bem jurídico (como seria o caso dos crimes de perigo abstrato, p. ex.). Isso, no entanto, não quer necessariamente dizer que tais incriminações sejam expressão do puro arbítrio estatal, na forma de meras violações do comando legal, meras desobediências. Na verdade, dirão os adeptos dessa corrente, na medida em que a conduta proibida seja idônea para lesionar bens jurídicos, isso já é o suficiente para satisfazer o princípio da lesividade. Afinal, se o direito penal tem por missão proteger bens jurídicos de eventuais lesões, não há por que aguardar que esse resultado indesejado chegue efetivamente a ocorrer para que se autorize a intervenção punitiva estatal. Melhor, e muito mais lógico, é agir preventivamente, à vista de meras ações potencialmente lesivas.

Ao que tudo indica, foi esse o entendimento que o Projeto quis acolher ao dispor no art. 14, *caput*, que não há fato criminoso sem, ao menos, ofensa potencial a bem jurídico determinado.

Ocorre que, ao tratar da tentativa, o Projeto vem com mais uma novidade.

A definição de tentativa continua a mesma, seguindo a tradição objetivista, que remonta ao Código Imperial de 1830, de acordo com a qual não há tentativa sem início da execução. A novidade trazida pelo Projeto está na positivação do que se deve entender por “*início da execução*”. Diz o art. 24:

Início da execução

*Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, **que exponham a perigo o bem jurídico protegido.***

Nesse dispositivo, como se vê, o Projeto volta a tratar da ofensa ao bem jurídico, afirmando que, só haverá início da execução e, logo, tentativa punível quando a conduta expuser a perigo o bem jurídico protegido.

O Projeto, no entanto, não explica qual tipo de perigo ao bem jurídico seria exigido para a caracterização da tentativa. É preciso que seja um perigo concreto (ou, como diz o Projeto, *efetivo*), quer dizer, próximo à lesão de bem jurídico determinado, ou basta ser um perigo potencial, avaliado *ex ante factum*, com base na pura potencialidade lesiva da conduta, independente de qualquer avaliação sobre a efetiva interferência na esfera de proteção de algum bem jurídico específico? Em outras palavras, é preciso haver resultado de perigo ou basta haver periculosidade da conduta?

Uma interpretação sistemática dos arts. 14 e 24 do Projeto poderia sugerir, à primeira vista, que bastaria a periculosidade da conduta para que se considerasse iniciada a execução do delito. Se a mera ofensa potencial satisfaz o princípio da lesividade para fins de consumação, não há qualquer razão para que não o satisfaça também nas hipóteses de crime meramente tentado. Afinal, pune-se o crime consumado de forma mais grave do que o crime tentado exatamente porque naquele a ofensa ao bem jurídico ocorre de forma plena, enquanto neste de forma apenas parcial. E, se isso é assim, seria ilógico exigir do delito tentado um grau de ofensa ao bem jurídico maior (perigo concreto) do que aquele exigido para a própria figura consumada (perigo potencial).

Ocorre que esse tipo de interpretação conduz a resultados práticos insustentáveis, na medida em que permite o enquadramento de praticamente toda e qualquer conduta humana como uma tentativa punível de delito.

É que, de um lado, já não se exige que a conduta realizada se enquadre, sequer de forma parcial, na figura típica, bastando que seja imediatamente anterior à realização do tipo, segundo o plano delitivo do autor. De outro lado, tampouco se exige que o bem jurídico tenha sequer sido exposto a uma situação de perigo efetivo, mas apenas que a criação dessa situação de perigo seja uma consequência possível da conduta realizada.

Com isso, chega-se ao extremo de punir como crime, ainda que na forma tentada, condutas a um só tempo atípicas e inofensivas, ao argumento de que elas, no futuro, podem, segundo o plano do autor, vir a se tornar típicas e, quem sabe, até efetivamente perigosas.

A prevalecer um entendimento como este, estaríamos introduzindo em nosso ordenamento jurídico figura equivalente a de um “*delito de perigo abstrato quase típico*”, ou seja, hipótese em que o legislador fundamenta a incriminação na mera possibilidade estatística de ofensa ao bem jurídico, sem ao menos exigir enquadramento formal da conduta realizada em algum dos tipos de perigo abstrato em vigor. Basta que, segundo o plano do autor, a conduta abstratamente perigosa seja imediatamente anterior à realização do tipo, ou seja, *quase típica*.

Prefiro acreditar que o Projeto não quis chegar tão longe e que o perigo exigido pelo art. 24 ao bem jurídico seja um perigo concreto de lesão; quer dizer, um resultado de perigo, tal como, aliás, sempre foi de nossa tradição jurídica, desde Hungria até Miguel Reale Jr, dentre outros.

Mas, se for assim, aí é que a coisa fica definitivamente confusa. Senão vejamos:

- Nos crimes consumados: o Projeto se contenta com a mera potencialidade lesiva para a caracterização do injusto, conforme expressamente previsto art. 14;
- Nos crimes tentados: o Projeto exige a efetiva colocação do bem jurídico em uma situação de perigo concreto, conforme interpretação menos pior do art. 24;
- Nas hipóteses insignificantes, tentadas ou consumadas: o Projeto simplesmente prescinde de qualquer ofensa, potencial ou efetiva, mantendo o caráter criminoso da conduta com base na simples reprovabilidade da conduta.

Toda essa confusão, é bom que se diga, não foi criada nem inventada pelos autores do Projeto.

Esse confronto entre um direito penal voltado para aquilo que já ocorreu (a ofensa) e um direito penal voltado para aquilo que se teme possa vir a ocorrer (o medo da ofensa) é uma característica do direito penal contemporâneo, que, não à toa, atravessa uma fase de profunda crise em seus conceitos.

A doutrina atual, de forma bastante simplificada, pode ser dividida em dois grandes grupos, diante da situação de crise ora vivenciada: de um lado, há os que acreditam que, por vivermos, de fato, numa sociedade baseada na produção e distribuição de riscos, o direito penal não pode assumir outra função que não a de instrumento último de controle desses mesmos riscos, de modo a preservar uma esfera de convivência segura, na qual as pessoas possam viver sem serem esmagadas pelo medo de se tornarem, a qualquer momento, vítimas da concretização de algum dos muitos riscos existentes; de outro lado, há os que acreditam que ao direito penal não cabe esse papel de gerenciamento de riscos (e medos), simplesmente por que ele não tem capacidade operativa para tanto. Os muitos riscos criados pela sociedade capitalista tardia (ou pós-industrial), se é que de fato existem, decorrem de sua própria forma organizativa, não podendo o direito penal intervir para alterar essa realidade, senão ao preço de reafirmá-la. Assim, para evitar a criação de riscos ainda maiores para o Estado de direito, defendem os adeptos dessa segunda corrente que o direito penal se mantenha fiel aos princípios liberais que, desde o iluminismo, servem de mecanismo de controle da intervenção punitiva estatal, dentre os quais destaca-se o princípio da lesividade.

As duas correntes partem de pontos de vista político-criminais diametralmente opostos, mas concordam em um ponto: o direito penal, de fato, passa por uma situação de crise.

Para os defensores do direito penal do risco, a crise se deve à persistência de alguns princípios liberais nos ordenamentos jurídicos que impedem que o direito penal assuma uma forma prevencionista ótima, em que todos os seus institutos estejam funcionalmente dirigidos ao objetivo de prevenir a ocorrência de riscos. Para os críticos do direito penal do risco, por outro lado, a crise se deve ao esfacelamento dos princípios liberais, em razão da repetida edição de tipos penais sem qualquer referência a lesões ou perigos de fato ocorridos, mas apenas a condutas que, seja por

presunção legal, seja por avaliações estatísticas, são, no máximo, idôneas para lesionar bens jurídicos, mas que, em nenhuma medida, chegaram a atingi-lo ainda, nem mesmo de forma perigosa.

Pois bem. A ideia de lesividade como mera periculosidade, que o Projeto tentou mas não conseguiu adotar de forma rigorosa, nada mais é do que um esforço no sentido de superar esse impasse. De um lado, quer-se aderir a um direito penal moderno, ajustando seus conceitos ao enfoque prospectivo de prevenção de riscos. De outro lado, não se quer admitir que, assim agindo, se está efetivamente abrindo mão de princípios imprescindíveis à tarefa crítica de limitação do poder punitivo estatal.

O problema é que essa conciliação entre o princípio da lesividade, de um lado, e as pretensões de proteção antecipada de bens jurídicos, de outro, é simplesmente impossível de ser realizada na prática, a menos que se queira chamar de lesividade aquilo que, definitivamente, não representa ainda (e sequer se sabe se um dia representará) qualquer tipo de ofensa para o bem jurídico.

Essa descaracterização do princípio da lesividade acaba repercutindo em toda a estrutura do delito, a começar pela própria definição de bem jurídico.

Um passeio pela Parte Especial do Projeto demonstra bem os efeitos que essa transformação do princípio da lesividade provoca sobre a ideia de bem jurídico.

A partir do momento em que já não se exige a afetação danosa ou perigosa do bem jurídico para a caracterização do injusto, torna-se praticamente irresistível a edição de tipos penais vinculados a bens jurídicos cuja afetação concreta não é sequer imaginável no mundo real. É que, à medida em que a afetação concreta do bem jurídico é desde logo dispensada pelo próprio tipo legal, não há mais razão para se preocupar se ele pode, ou não, vir a ser lesado no futuro. Pertencendo a potencialidade lesiva ao campo das conjecturas, das meras possibilidades, sua vinculação com os efeitos causais da conduta acaba, cedo ou tarde, revelando-se dispensável³.

O crime de direção de veículo sem permissão ou habilitação, previsto no art. 204 do Projeto, é um bom exemplo disso que eu estou falando.

3 A substituição do nexa causal por critérios normativos de imputação objetiva é outra consequência desse processo de relativização do princípio da lesividade.

Nele, está tipificada a conduta daquele que dirige veículo automotor, sem habilitação para tanto, “*expondo a dano potencial a segurança viária*”.

Ora, se a conduta expõe a dano potencial é porque deve ser ao menos possível que, em algum caso concreto, ela chegue a concretizar o dano cuja ocorrência se está querendo prevenir. Ocorre que causar lesão efetiva à segurança viária é algo que ninguém, em sã consciência, conseguiria sequer imaginar o que seja. Se a ação de conduzir um veículo automotor sem habilitação apenas expõe a dano potencial a segurança viária, o que é preciso ocorrer para que esse dano passe da forma de uma simples potência para a forma de uma efetiva lesão? Uma derrapagem? Um acidente? A morte de um? O ferimento de muitos?

A segurança viária, como conceito estritamente ideal que é, não pode ser objeto de lesão por parte de condutas individuais. E, se ela não é passível de lesão, não há que se falar em potencialidade lesiva da conduta em relação a tal bem jurídico, uma vez que a possibilidade de lesão simplesmente inexistente na prática. Trata-se, na verdade, de um artifício construído pela doutrina (e, agora, acolhido pelo legislador) apenas com o propósito de justificar a incriminação de condutas que não afetam, de forma alguma (sequer potencialmente), bens jurídicos efetivamente existentes na sociedade. Trata-se, no dizer da doutrina alemã mais recente, de um falso bem jurídico coletivo.

Como se vê, sem que se saiba exatamente o que significa bem jurídico, de nada adianta afirmar que não há crime sem ofensa a determinado bem jurídico, pois é sempre possível inventar novos bens jurídicos para legitimar incriminações que não afetam, de forma alguma, pessoas de carne e osso.

Mas o problema não se esgota na definição de bem jurídico. O próprio princípio da culpabilidade acaba sendo afetado por essa proposta de substituição do princípio da lesividade por uma avaliação *ex ante* acerca da potencialidade lesiva da conduta.

É que meras potencialidades não são passíveis de medição precisa, de modo a permitir uma avaliação sobre a quantidade de pena correspondente ao mal praticado.

Ora, se tudo o que compõe o injusto é uma mera expectativa de ofensa, a pena proporcional a essa conduta deveria também se limitar a uma mera expectativa de pena: uma pena em potencial.

Mas não é isso o que ocorre na prática. Diante da predisposição de cortar o mal pela raiz, de prevenir as lesões enquanto elas não passam de meros cálculos estatísticos acerca de perigos futuros, o que o legislador faz – e o Projeto segue claramente essa tendência – é punir já de forma exemplar aquilo que nenhum mal representa ainda para quem quer que seja. Muitas vezes, condutas que importam em perigo potencial a bens jurídicos são punidas de forma mais grave do que aquelas que colocam em perigo concreto ou que efetivamente lesionam esses mesmos bens, deixando claro que a imposição de pena não tem mais qualquer vinculação com a medida da culpabilidade do agente, mas apenas com o propósito preventivista de controle incondicional de riscos, custe o que custar.

Para ficar num único exemplo, basta mencionar que o arremesso de objeto contra veículo de transporte individual em movimento é punido com pena de 2 a 5 anos (art. 200, § 1º), ainda que o objeto arremessado sequer passe perto do veículo em movimento. Agora, se o objeto atingir o para-brisa e colocar em perigo concreto a vida, a integridade física ou a saúde dos passageiros, aí a hipótese passar a ser de crime de periclitacão da vida e da saúde (art. 130), punido com pena de 6 meses a 2 anos de prisão.

Ainda que este último dispositivo seja textualmente subsidiário (“*se o fato não constitui crime mais grave*”), é curioso notar que, para o Projeto, mais grave não é o crime que atinge o bem jurídico de forma mais próxima à lesão, mas o que é punido com maior pena, o que apenas confirma que já não há mais qualquer relação lógica entre o mal causado pela conduta do agente e a medida da pena que lhe é imposta. A gravidade de uma conduta não é mais definida pelo mal que ela representa para terceiros, mas sim pelo tanto de pena arbitrariamente atribuído pelo Estado.

É claro que alguém pode argumentar que a potência contida na conduta de arremessar objeto contra veículo em movimento abrange resultados possíveis mais graves do que a simples ocorrência de perigo concreto. Isso, no entanto, serve apenas para demonstrar que, na ideia de potência, cabe o mundo, cabem todos os nossos medos e anseios, que são infinitos. Mas cabe também o que é desprezível, insignificante. Cabe o perigo concreto e também o que sequer perigo concreto é ainda. E é exatamente por isso que o conceito de periculosidade, de mera potencialidade lesiva, não pode servir de critério suficiente para a imposição de

pena, pois, com base nela, a punição será sempre desmedida, antecipada, irracional.

Para finalizar, porque o tempo nos obriga, gostaria de dizer que toda essa discussão acerca do conteúdo mínimo do injusto penal é ainda uma questão em aberto na doutrina nacional e estrangeira, não havendo qualquer indício de solução a curto prazo.

É exatamente por isso, aliás, que a positivação desses novos conceitos no Código Penal não parece ser uma medida desejável, máxime se realizada da forma como foi feita pela Comissão, sem qualquer tipo de reflexão prévia, a toque de caixa, em clara contradição com princípios liberais já arraigados em nossa tradição jurídico-penal. ❖

Análise Criminológica do Cotidiano

Prof^ª. Dr^ª. Vera Regina Pereira de Andrade

Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade Federal do Paraná. Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora titular da Universidade Federal de Santa Catarina em nível de Ensino (Doutorado, Mestrado, Especialização e Graduação em Direito), Extensão (Coordenadora do Projeto Universidade sem Muros) e Pesquisa (nas linhas de controle social, sistema de justiça penal, cidadania e direitos humanos). Professora visitante no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, Espanha. Pesquisadora do CNPq.

Bom dia a todos!

Na pessoa do professor Juarez Tavares, coordenador científico deste seminário, na pessoa dos meus queridos colegas magistrados e professores Rubens Casara e Alexandre Moraes da Rosa, na pessoa desses três magistrados acadêmicos e professores, eu quero saudar a todos os meus colegas desta mesa, autoridades já nominadas, e dizer da honra com que aqui compareço. Quero saudar a todos os presentes e parto desse trio Juarez Tavares, Rubens Casara e Alexandre Moraes da Rosa, porque, a meu ver, eles constituem uma referência nobre que tem, através da sua palavra, da sua escrita, da sua sentença, dos seus livros, de seus pareceres e de suas salas de aulas; tem escrito uma das melhores páginas da academia e da magistratura brasileiras, páginas memoráveis, em nome da dignidade das nossas instituições.

Eu quero dizer que me sinto muito à vontade de estar aqui num seminário que se propõe crítico da reforma penal e quero iniciar saudando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por esta que eu considero seja uma notável e corajosa iniciativa.

Acho que a nossa primeira tarefa como palestrantes de um evento de tamanha magnitude e responsabilidade é iniciar situando o lugar da nossa fala. Ao me propor falar aqui sobre “análise criminológica da reforma penal”, eu devo iniciar dizendo de qual Criminologia eu falo e de que lugar eu falo, porque acredito que existem múltiplas lupas para se olhar a reforma em curso, o anteprojeto apresentado à sociedade brasileira, e o conteúdo da nossa fala, da nossa análise, vai depender dos paradigmas que nós elegermos para fazer essa análise. Nosso olhar vai depender da lupa que nós utilizarmos.

Então, eu quero deixar claro que falo da Criminologia desenvolvida com base no paradigma do controle social e nuclearmente em nome dos resultados da Criminologia crítica, do criticismo criminológico desenvolvido a partir da década de 60 do século XX, na Europa e América do Norte, na América Latina e no Brasil, e que tem cinquenta anos de páginas acumuladas, de análises acumuladas sobre como funciona o sistema penal (Lei, Polícia, Ministério Público, Justiça, Defensoria, Advocacia, Prisão, saberes), porque o funcionamento do sistema penal é o grande objeto do criticismo criminológico, da Criminologia de base crítica. Portanto, nós temos um acúmulo histórico de análises e resultados que não podemos mais ignorar, sob pena de nós produzirmos discursos e ações de um grande atraso epistemológico e político. Eu vou me referir aqui ao acúmulo crítico produzido em cinquenta anos na Europa e América do Norte, na América Latina e no Brasil, e vou dizer que esse saber elevou a Criminologia à sua maturidade criminológica, a partir de uma solene crítica ao positivismo que dominou e ainda é dominante no mundo e no senso comum ocidental.

Vou falar de acúmulo criminológico, vou falar de maturidade criminológica, para me referir ao que se tem de consolidado em torno da compreensão dos nossos sistemas punitivos.

A principal convergência desse acúmulo é uma conclusão sobre a deslegitimação dos atuais sistemas punitivos do nosso modelo de sistema penal. A conclusão da deslegitimação sobre a qual eu vou basear toda a minha reflexão aqui, que é apoiada numa premissa básica da literatura criminológica secular, que é contradição entre as funções declaradas do sistema penal, as funções que ele declara cumprir e não cumpre (promessas declaradas e não cumpridas) e funções realmente cumpridas, que ele cumpre latentemente, sem declarar.

Essa contradição estrutural está na base de toda Criminologia crítica e vai produzir uma primeira grande conclusão, que é a da eficácia invertida dos nossos sistemas penais. A deslegitimação, então, pode ser sintetizada em linhas gerais e muito sumariamente no seguinte.

A marca do sistema penal é a eficácia invertida, ou seja, a contradição estrutural entre funções declaradas pelo nosso sistema que não instrumentaliza, que não cumpre, mas que subsiste com eficácia simbólica, que tem histórica força simbólica e funções reais que instrumentaliza sem declarar, embora estejam hoje desnudadas.

O sistema penal é, portanto, diz a crítica criminológica cumulada, estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência histórica, que são: proteger bens jurídicos, combater e prevenir a criminalidade através das funções declaradas da pena, notadamente da pena de prisão. Quais são as funções? São elas retributivas e preventivas, prevenção geral e especial, notoriamente o mito da ressocialização, que é denunciado pelo acúmulo criminológico crítico. E não pode cumpri-las precisamente porque a função real dos nossos sistemas punitivos não é o “combate à criminalidade”, a “construção social da criminalidade e do criminoso”, é a delimitação do inimigo interno da sociedade. A função real, a função declarada é combater, e combater bem, protegendo bens jurídicos de vítimas, cumprindo funções nobres através da pena e da prisão. A função real é construir a criminalidade. E essa construção é essencialmente violenta, seletiva e desigual; a seletividade do sistema penal é de base classista, racista e sexista. Na América Latina, a deslegitimação do sistema penal é muito mais radical (de raiz) e visível. Na América Latina, as penas são de uma crueldade exorbitante. Os sistemas penais latino-americanos e o sistema penal brasileiro é um notável sistema de violência. Aqui, a deslegitimação, como tem dito Zaffaroni, é empírica, e o fato deslegitimante é a morte, sendo os nossos sistemas penais um “genocídio em ato”, um “genocídio em marcha”. Basta um olhar e uma aproximação aos nossos *input* do sistema (a polícia) e *output* do sistema (a prisão) para comprovar que a violência física aberta é a marca dos nossos sistemas penais, muito embora a responsabilidade por isso seja do Estado e de todos nós, operadores nos diversos níveis do sistema.

E a radicalidade da seletividade como lógica estrutural de funcionamento dos nossos sistemas penais nos dá retratos estatísticos históricos dos quais nós não podemos nos desvencilhar. A seletividade dos nossos sis-

temas penais se nutre de um núcleo duro e claro que os próprios sistemas penitenciários brasileiros e o senso comum vem demonstrando há muito tempo: as prisões são para os três P's, ou seja, sessenta por cento da criminalização dos nossos sistemas é por crimes patrimoniais, nuclearmente furtos e roubos simples e qualificados, contemporaneamente associados, no capitalismo globalizado neoliberal, ao tráfico de drogas, acompanhados de alguns crimes patrimoniais estatisticamente mais representativos (extorsão), crimes contra a vida (homicídios e lesões corporais) e crimes anteriormente designados como sexuais (estupro e atentado violento ao pudor), hoje, contra a dignidade sexual; ou seja, a seletividade se nutre de duas mãos de fatos típicos e isso está atestado empiricamente, fotograficamente. Portanto, tem um núcleo duro de condutas e de pessoas (crimes e estereótipo de criminosos) que configura a seletividade do sistema penal, demonstrando que ele é um exercício de poder, controle e domínio e, ainda, é um sistema de reprodução de marginalização social. A seletividade é um espelho da desigualdade de classe, os incluídos penalmente nas prisões são os excluídos socialmente do mercado de trabalho e do sistema social; mas a seletividade é também um espelho da dominação de gênero, expressando e reproduzindo não apenas o capitalismo e a luta de classes, mas o patriarcado e a assimetria de gênero, o racismo e a discriminação racial. O sistema penal expressa e reproduz todos os "ismos" presentes na sociedade: o capitalismo, através da criminalização da pobreza e dos humildes e o patriarcalismo, através da histórica imunização das mulheres à criminalização (e da sua inserção na vitimização), quadro que começa a se modificar, pois a criminalização das drogas está levando as mulheres a parir seus filhos nas prisões, produzindo uma mudança na criminalização histórica de gênero de um sistema que, além de classista, é patriarcal. Solenemente patriarcal, e solenemente racista, não nos enganemos.

Por fim, as conclusões sobre a deslegitimação são muito mais complexas, e uma página especialmente dolorosa é a que descreve o "horror" prisional, que precisamos focar agora para falar da existência da eficácia invertida de prisões que cumprem alguma função socialmente útil, mas violam sistematicamente os direitos humanos dos condenados, para muito além da liberdade atingida pela cautelar ou condenação. A pena privativa de liberdade no Brasil é um horror, não tem adjetivação. Ela viola todos os direitos humanos, todos os princípios constitucionais, ela mata. E Zafaroni foi o primeiro a denunciar claramente que o genocídio, que o extermínio,

que a crueldade com base na tortura é a lógica de funcionamento dos sistemas penais latino-americanos. E que o genocídio deve ser o objeto central da Criminologia na região.

Então, no centro da deslegitimação teórica e empírica do sistema penal está o horror prisional e, ainda, o horror policial. Eu não vou me deter nas questões que são muito claras neste Rio de Janeiro tão conflitivo e que tantas dificuldades tem passado com a violência de seus aparelhos policial e prisional.

E é importante deixar claro que a violência da prisão e da polícia não se limita aos controlados e criminalizados, ela se estende aos controladores, aos trabalhadores da prisão e da polícia. Praticamente não há quem trabalhe nesse sistema que não seja violentado, dos policiais aos agentes carcerários, até juízes, promotores, advogados, professores, todos nós deveríamos ter direito a uma terapia pessoal para poder trabalhar num sistema de tanta produção de dor.

E as vítimas? As vítimas têm ocupado uma grande e expressiva página da deslegitimação, porque as vítimas existem em proporção cada vez maior, precisamente porque o sistema penal não as protege, precisamente porque ele chega “depois” do crime e seu modelo (punitivo individual) não tem nenhum impacto positivo sobre o conflito e os danos por ele produzido. Se nós tivéssemos tido, ao longo de um século e meio de história ocidental, um sistema penal protetor, nós não estaríamos hoje aqui, replicando o mesmo discurso declarado, em busca das mesmas promessas sonegadas.

Dito isso, e retomando a minha proposta, ou seja, partindo da deslegitimação e do acúmulo criminológico crítico, partindo da maturidade criminológica, indago agora: qual é o lugar do Direito Penal no sistema penal e qual é a responsabilidade do Direito Penal na deslegitimação do sistema punitivo?

O Direito Penal, dogmaticamente concebido (entendido como lei penal e saber dos juristas ou técnica jurídica dogmática), é visto como um dique de contenção da violência do poder punitivo estatal, que teria o poder de impor limite à arbitrariedade da pena. O *topoi* da “limitação”, da “racionalização”, é um *topoi* histórico (não é, Professor Juarez Tavares?), em nome do qual o discurso dogmático fala para impor uma justificação garantidora ao Direito Penal, que simultaneamente legitima a totalidade do sistema penal e que, além do mais, é associada à função declarada

de proteção de bens jurídicos que interessariam igualmente a todos os cidadãos.

Desde uma perspectiva criminológica crítica, o Direito Penal não é um limite externo ao sistema penal, ele é um elemento interno.

O Direito Penal como lei e discurso técnico-jurídico é programação criminalizadora do poder punitivo, é programação simbólica, é o discurso que enuncia as promessas e, portanto, quando nós falamos de Direito Penal, nós estamos falando da matriz do sistema penal, cuja mão está presente na coresponsabilidade histórica pela seletividade, pela desigualdade, pela crueldade, pelo extermínio.

Então, o Direito Penal não está no camarim, fora da história, o Direito Penal está dentro, ele é a matriz (primária) da criminalização, e matriz seletiva.

Conseqüentemente, o Direito Penal é político, e reformá-lo é um ato político (exercido por políticos e juristas); a linguagem da reforma penal, embora se expresse como técnico-jurídica, é a linguagem do político. Então, discutir a reforma do Direito Penal (Código penal, lei penal) é discutir a reprogramação da palavra do poder punitivo do Estado a partir do exercício de poder de juristas e políticos (comissão reformadora), é discutir a reformatação do campo da construção social da criminalidade, da criminalização primária, que é um construído.

É isso que nós estamos trazendo ao debate neste seminário. E, portanto, nós não podemos, desde uma perspectiva criminológica crítica, partir da reforma como um dado, nós temos de partir dela também como um construído. Nós temos que discutir a reforma como uma construção social e política e ao invés de passar mecanicamente à exegese do seu produto, que são as leis penais, com a avidez hermenêutica com que o faz, por exemplo, o penalista dogmático, nós devemos então problematizar a construção: este é o objetivo de uma análise criminológica que se propõe crítica. Problematizar a construção através de um, adianto, de uma palavra firme pelo não. Nós não aceitamos essa reforma e não há como um penalista, convictamente, crítico, firmemente convencido das conclusões criminológicas do último século e deste que adentramos, receber este tanque simbólico de guerra interna que é o anteprojeto apresentado, sem uma enorme sensação de derrota, sem uma enorme sensação de luto. E eu quero deixar isso claro, porque eu estou enlutada como criminóloga, como cidadã e como mãe, professora, pessoa da República Brasileira.

Eu vou percorrer rapidamente os objetivos da reforma do Código Penal (conduzida por várias comissões superpostas), e vou tentar contrastar os objetivos declarados dessa reforma com realidade nua e crua do sistema penal brasileiro, criminologicamente analisada. Eu vou focar a exposições de motivos, porque para a Criminologia crítica nenhum ponto de partida é tão importante para a análise de como as instituições funcionam quanto o lugar da declaração (do discurso declarado) e, sendo o Direito Penal o lugar da produção dos discursos, o lugar do simbolismo e das promessas, a exposição de motivos tem para nós um valor analítico especial.

Dizem os reformadores na exposição de motivos, *in verbis*:

“A tarefa da comissão prevista no requerimento 756 é:

1. atualizar o código penal, sendo “imprescindível” uma releitura do sistema penal à luz da Constituição, tendo em vista as novas perspectivas pós-1988; da mesma maneira, “o atraso do código penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes [quais?], como consequência tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica ocasionada por interpretações desencontrada, jurisprudência contraditórias e penas injustas. Algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras altas para delitos menores.

A comissão de reforma penal aceitou portanto as seguintes tarefas:

- 1. Modernizar o código penal;*
- 2. Unificar a legislação penal esparsa;*
- 3. Estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a Constituição de 1988, descriminalizando condutas e se necessário, prevendo novas figuras típicas;*
- 4. Tornar proporcionais as penas de diversos crimes a partir de sua gravidade relativa e buscar formas alternativas não prisionais de sanção penal.*

Tais critérios elencados pela Comissão formam um conjunto que concebe um Direito Penal mais voltado para sua funcionalidade social, [não se diz qual é], em sentido forte, [tampouco se sabe o que é isso], conjuntamente com o respeito com a dignidade da pessoa humana. Ou seja, um sistema com perfeita sintonia com a Constituição de 1988 e que traz uma leitura rigorosa do constitucionalismo penal.”

Esses são os objetivos declarados da reforma, que também reafirma que o fim do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos.

Antes de prosseguir, eu quero dizer que toda a crítica criminológica potente que se pode fazer à reforma penal tem que ser, em princípio, despersonalizada, mas não desresponsabilizada, eis que não implica, em absoluto, qualquer desrespeito pessoal aos profissionais que integram a comissão, nem ao conjunto dos seus esforços, mas implica, sim, a preocupação com responsabilidades. Trata-se de uma crítica paradigmática, uma crítica que concebe os reformadores como sujeitos ideologicamente falados por paradigmas, e como reformam no exercício de um poder suas escolhas corresponsabilizam: o “ornitorrinco” punitivo que estão entregando à sociedade é de responsabilidade do poder social e político que neste momento exercem.

Dito isto, prossigo com a exata sensação de que existem várias constituições no Brasil, porque a constituição com a qual a Criminologia trabalha não parece ser a mesma com que os reformadores trabalharam.

Então, qual é o foco aqui? Uma releitura do sistema penal à luz da Criminologia mostra que há uma radical contradição entre sistema penal e Constituição, que o sistema penal não resiste ao mais leve toque constitucional, especialmente a prisão; que as nossas prisões não cumprem suas funções declaradas, violam sistematicamente os princípios constitucionais e os direitos humanos dos presos, produzem violência e morte: são inconstitucionais, estão deslegitimadas.

A Constituição lida à luz dos reformadores chega a uma conclusão inversa: o ponto de partida da reforma, e isso é muito grave, é o da legitimidade ou legitimação do poder de punir. A reforma penal parte da sole-ne negação da deslegitimação da pena e da pena de prisão. E, além disso, silencia completamente a discussão quanto aos fins da pena, dogmatiza as mesmas funções deslegitimadas, parte dos velhos dogmas da pena e a

introduz subrepticiamente, subterraneamente, na esfera que declara de competência residual (“*se necessário, [prever] novas figuras típicas*”); introduz a maior criminalização de que se tem notícia na história da República Brasileira.

Senão vejamos. A preocupação declarada dos reformadores é dogmática, técnico-jurídica e formalista, mas a funcionalidade latente é eficientista-punitivista.

O objetivo declarado dos legisladores é a modernização e a sistematização da legislação penal, a construção de um sistema atualizado, coerente e harmônico, como se num passe de mágica, reordenando o quebra-cabeças da “colcha de retalhos” em que a legislação penal de fato se tornou, emergisse a “segurança jurídica” e uma tal “funcionalidade social em sentido forte” que, apesar de em momento algum explicitada, supõe-se falada pela ideologia eficientista-punitivista (mais eficiência no combate à criminalidade) precisamente porque, subrepticiamente, subterraneamente se contrabandeia, para dentro dessa reforma que seria técnico-jurídica, a maior criminalização de que se tem conhecimento na história republicana: o que era para ser um sistema racionalizado aparece como um “ornitorrinco” punitivo que consolida a velha com uma nova e adensada criminalização do cotidiano e o uso radicalizado da pena de prisão, esquecendo-se da prometida busca de alternativas de controle.

No primeiro sentido, os juristas-políticos e os políticos-juristas ensaiam colocar em prática um autêntico “modelo napoleônico do direito”. E aparece aqui o primeiro grande imperador dessa reforma que é Napoleão!

Metodologicamente, o paradigma no qual está encerrada a reforma é o paradigma dogmático e seu método técnico-jurídico, com o qual a dogmática ensina os juristas a não ver a realidade. Ela é uma reforma metodologicamente murada, feita em gabinetes e se desenvolve no camarim da história, mas baseada no pressuposto de que a falta de sistematização, coerência e unidade sejam as culpadas pelas disfuncionalidades do sistema penal. No trânsito da abstração murada à funcionalidade da reforma só outro imperador brasileiro, que a seguir apresentarei, poderá fazer a conexão.

Essa reforma representa então o sucesso do simbolismo e reafirma a eficácia invertida do sistema penal. Se nós chegamos até aqui com essa capacidade punitiva é porque as funções declaradas do Direito

Penal (protetoras das vítimas potenciais e garantidoras dos direitos dos acusados) são um sucesso histórico, a prisão é um sucesso histórico, não obstante toda a sua deslegitimação. Se nós chegamos até aqui é porque há um grande pacto de continuidade sustentado politicamente a reforma penal. Relegitima-se o sistema penal deslegitimado.

Eu concluiria, portanto, que a reforma penal em curso é portadora de uma função não declarada efficientista, punitivista, por dentro de uma função declarada tecnicista, sendo produzida a partir de quatro déficits fundamentais, graves déficits.

O primeiro déficit é o déficit empírico: a reforma se produz mediante um corte com a realidade empírica do funcionamento do sistema penal e da prisão. Este déficit empírico faz com que os juristas possam se colocar no camarim da história.

O segundo déficit é o déficit teórico, de teoria crítica: a reforma produz também um ensaio da surdo-mudez em relação à crítica criminológica e a todas as críticas de todos os demais saberes acadêmicos e populares, que mostram a inconstitucionalidade das penas e a deslegitimação.

O terceiro déficit, que me chama muita atenção, é um déficit dialógico: a reforma se produz mediante este déficit com o próprio poder que está pretendo punir mais. Quando eu falo de déficit dialógico, e esse déficit me espanta, eu me refiro ao seguinte: ao mesmo tempo em que se desenvolve no Brasil uma comissão plural reformando o código penal no sentido panpenalista, se desenvolve no Brasil, paralelamente, um projeto do Ministério da Justiça, já decenário, nomeado de Central de Penas e Medidas Alternativas, criado há dez anos para fazer expandir a aplicação das penas e medidas alternativas, incluindo a construção de novos modelos de controle, como justiça restaurativa, justamente em face da conclusão da violência da prisão e da assunção da sua deslegitimação. Então, não tem diálogo com a Central de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça. Em segundo lugar, construiu-se no Brasil uma Conferência Nacional de Segurança Pública entre os anos de 2007 e 2008, destinada a questionar o paradigma punitivo vigente em segurança pública, com cujos resultados, complexos e fecundos, a comissão não dialoga. Eu participei dessa Conferência Nacional de Segurança Pública e participo dos trabalhos da Central de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça, ambos trabalhos institucionais tendentes à redução do punitivismo e à busca de solução alternativa para os conflitos. Em terceiro lugar,

a comissão de reforma do código penal não dialoga com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que peregrina pelo Brasil denunciando, vistoriando e, em alguns casos, indicando o fechamento de prisões exterminadoras e genocidas.

Por último, há um déficit de diálogo desta comissão com a CPI do sistema prisional, e isto é assustador, porque a CPI do sistema prisional, que é uma CPI do poder legislativo, produziu recentemente uma grande empreitada de análise das prisões brasileiras e produziu um vídeo estarecedor que se chama “O grito das prisões”, que começa com uma pocilga num estado do nordeste onde os presos cumprem pena. Quer dizer, a situação do sistema penal brasileiro é um atentado aos direitos humanos; a tragédia prisional brasileira chama atenção de todos os organismos internacionais, ela chama a atenção da ONU, ela chama a atenção da Anistia Internacional, ela chama a atenção do CNJ, ela chama a atenção da Magistratura, da Promotoria, de todos, exceto da comissão reformadora, ou seja, ela ignora a deslegitimação. Então, não há diálogo com nenhuma dessas instâncias que vêm do mesmo poder que reforma, no interior do próprio poder estatal que reforma. Existe uma fratura entre as diversas instâncias governamentais.

Vejam bem, o paradoxo deste déficit de diálogo interno com as várias instâncias do poder e comissões nomeadas para produzir menos pena é que a comissão nomeada para produzir mais pena opera um corte na teoria e na empiria e, assim, opera com a “boa consciência” de que uma boa reforma intrassistêmica nos conduzirá ao paraíso. Essa reforma noelística pode seguir assim prometendo os mesmos presentes ao se incorporar a figura do “Papai Noel”.

Podemos lançar mão aqui da pergunta feita por Agostinho Ramalho de Marques Neto: “quem nos salvará da bondade dos bons?” Sim, porque esta reforma não é feita por nós (professores, advogados, promotores, juízes) nem para nós; nós aqui somos os controladores; esta reforma não é feita para nossos filhos, essa reforma é feita para os filhos da rua, para os órfãos de pai e mãe, para os órfãos de Estado que são perenemente adotados pela violência do controle punitivo. Esta reforma não é feita para nós, nós somos os gestores desta reforma e ficamos confortavelmente protegidos nos gabinetes do poder e também onde damos aula, na universidade, onde produzimos decisões para perpetuar a tragédia dos humildes. Entretanto, nós somos a elite que tem uma gigantesca respon-

sabilidade com o produto dessa reforma murada, e perdão, irresponsável. É de uma gigantesca irresponsabilidade produzir numa república um campo de criminalização com esse potencial criminalizador desconhecendo-se a história e a realidade dessa sociedade. Porque, desculpem o meu pessimismo, mas eu só consigo ver tragédias no fim do túnel. Quais são as consequências de um programa criminalizador dessa potência? Eu não vou entrar na análise individualizada dos artigos, até para não fortalecer o programa criminalizador, e nós não podemos despende tanta energia fazendo isso. Qual é a potência da reforma diante do funcionamento do poder punitivo como o que nós temos, e criminologicamente já explicitado? É a potência seletiva e genocida. Se há um sistema de ilegalidade que não respeita princípios que trata o ser humano como um objeto de mercadoria, de mercado, qual é a potência da reforma? Ela vai potencializar a seletividade estigmatizante e o genocídio, além de ser um tiro no pé.

Quero agora falar para dentro do meu sistema de justiça; nós, professores universitários, somos a matriz ideológica do sistema de justiça, porque nós formamos os operadores da ordem que têm sido os juristas em todos os tempos e a nossa responsabilidade; a nossa palavra talvez tenha a maior responsabilidade do que qualquer outra porque nós somos matriz ideológica. Nós temos a responsabilidade de dizer que, além de potencializar a dor do outro, de potencializar a crise de legitimidade do sistema, essa reforma é um tiro no pé para nós mesmos porque ela vai agudizar a crise de funcionalidade do próprio sistema de justiça. Não existe sistema de justiça que tenha, agora vou falar funcionalmente, que tenha capacidade operacional de assimilar tamanho programa criminalizador. É incompatível estruturalmente com qualquer capacidade. Então, essa reforma vai agudizar os sintomas de crise de ineficiência do judiciário, de crise de impunidade numa sociedade que tem meio milhões de condenados (homens pobres e de cor).

Essa não é, em definitivo, uma reforma republicana; é uma reforma imperial. Se o primeiro imperador da reforma é Napoleão, Napoleão vive; o segundo, agora acrescento, é José Sarney. Nós temos que ir à matriz da reforma, ou seja, o grande imperador é José Sarney, que preside uma comissão do Senado para a reforma do código penal. Os juristas parecem bobos da corte em torno de José Sarney. Quem é José Sarney, senão uma das heranças mais fidedignas da oligarquia escravocrata; senão um político decadente que sustenta a lei e a ordem a qualquer preço, ideólogo

da ditadura militar quer ser agora o ideólogo do poder punitivo da democracia. José Sarney é o ideólogo da reforma penal e nós estamos aqui gravitando em torno de oligarquias. O poder jurídico-penal neste momento está refém do poder político. Além disso, essa reforma não pode deixar de ser vista como uma grande reserva de mercado, para o mercado do controle do crime, ou seja, Marx disse claramente, e depois Nils Christie retomou a tese, que.. o criminoso produz não só crimes, mas também produz o direito criminal e, além disso, o inevitável compêndio no qual esse mesmo professor lança suas conferências no mercado geral como mercadorias. A má consciência do bom penalista não nos deixa esquecer esse fato evidente.” Certamente, manuais interpretativos do Código já são feitos na tecedura do sentido das palavras da lei penal. Tem muito mercado do controle do crime para se desenvolver em torno dessa reforma, porque a oferta de crimes e penas é inesgotável.

Estamos diante de um pacto político-criminal medíocre de continuidade, que não aceitamos; nós temos que construir um pacto político-criminal de descontinuidade, e essa construção está sendo feita no Brasil, inclusive, como referi, por dentro do próprio poder governamental e legislativo. Temos que barrar a votação deste Anteprojeto no Congresso Nacional; nós temos que reservar um reconhecimento à reforma no limite que ela merece, que é a de ter feito uma grande compilação. E aí nós temos o rosto do nosso ornitorrinco e, a partir daí, lutar para diminuir e não é por dentro do Direito Penal, não é por dentro do sistema penal.

Eu queria finalizar dizendo que, dentre as múltiplas infelicidades do nosso relator geral dos trabalhos, ele dedicou esta reforma, pessoalmente, a duas das grandes vítimas da violência no Brasil, os meninos João Hélio e Ives Ota. Nenhum ser humano deixaria de se solidarizar com a morte trágica desses meninos e com a dor dos seus familiares, mas esta dedicatória tem o rosto da seletividade classista, por isso eu quero dedicar a minha fala a todas as vítimas da violência do sistema penal, especialmente a todas as meninas e meninos anônimos que morrem cotidianamente na nossa sociedade, aos órfãos de pai, de mãe e de Estado, e que têm que encontrar na nossa voz uma representação de dignidade na nossa sociedade. O sistema penal que nós temos é indigno e nós não podemos replicar a indignidade dessa reforma.

Muito obrigado pela paciência com que me escutaram. ❖

***Stalking* e a Criminalização do Cotidiano**

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Juiz de Direito (SC). Coordena o Grupo de Pesquisa Judiciário do Futuro.

Stalking é a definição daquilo que nós denunciemos na criminologia crítica há tempos! Isso porque o *stalking*, na proposta do novo Código Penal, art. 147, nada mais é do que: perseguir alguém, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe física ou psicologicamente, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Essa é a função não declarada do sistema penal, ou seja, fazer *stalking* com os selecionados/estigmatizados, os de sempre.

E o sintoma disso, a saber, a criminalização do nosso cotidiano, nessa perspectiva, nada mais é, ao meu juízo, do que a democratização invertida do sistema penal a partir de duas lógicas que rapidamente exporei aos senhores. A primeira lógica é a do custo benefício, a saber, usar o sistema penal como máquina de controle social, não só no sistema penal, mas também de programas sociais assistenciais, americanizando, por assim dizer, nossa realidade. Todos sabemos que essa novidade criminosa surgiu pelos arroubos de fãs em Hollywood, como veremos. Acredita-se, assim, que punição e controle social máximo são os mecanismos para manutenção da ordem. Essa lógica da punição tem alguns requisitos bem interessantes, porque o sujeito de fato – e eu não tenho muita dúvida disso – ele acredita que o Direito Penal serve para alguma coisa! Ingênua ou ideologicamente, acredita que se pode formatar as pessoas ortopedicamente.

No que se refere ao direito penal, a lógica é a seguinte: nós temos um filho, ele mete a mão na tomada, damos uma palmada. O filho vai lá e mete a mão de novo, nós damos duas palmadas, damos três palmadas e vamos aumentando as palmadas, porque quando chegar no número de palmadas X, ele não botará mais a mão na tomada. É como se ele colocasse o dedo na tomada porque essa fosse uma forma de enfrentar o sistema. A lógica é: quanto mais palmadas, menor a possibilidade de ele colocar a mão na tomada! Logo chegamos ao patamar da criação de tipos penais. A lógica parte do individualismo metodológico extremado, pelo qual, como dito, a ordem está garantida. Perguntem para o meu avô o que ele quer: ele quer ordem; perguntem para o vizinho o que ele quer: ele quer segurança; perguntem para qualquer um o que ele quer: ele quer segurança! E nós do direito penal somos demandados como os grandes capazes de promover essa segurança, não fosse ela ingênua e, por vezes, cínica. Porque todas as tentativas de criminalização significam o quê? A não resolução do problema! Qualquer um que tenha lidos duas linhas de Alessandro Baratta ou Vera Andrade sabe disso.

Hoje a Lei Maria da Penha (todos nós aceitamos que a mulher precisa de proteção, mas não do jeito que está), com a decisão do STF – no que se refere à indisponibilidade da ação penal – a mulher não faz mais registro. Isso aconteceu em Portugal! É óbvio. Grande parte das mulheres não quer encarcerar os seus maridos/companheiros. Elas querem resolver um problema que é da ordem da (im)possibilidade de convivência. Hoje, quem trabalha em Juizado da Violência Doméstica sabe que houve uma retração no registro das ocorrências. Partindo da premissa de que pena resolve e é a resposta correta, a proteção do sistema diminuiu. Há consequências nas decisões tomadas, mesmo as aparentemente de boa-fé ou politicamente corretas.

Essa perspectiva de criminalização faz com que eles acreditem, sinceramente, que o direito penal, com o aumento das punições, diminuirá os crimes. O resultado é a transformação de condutas cotidianas em crime. A explosão da criminalização da vida diária, dos amores, dos ódios, enfim, para além do que se deve esperar do Direito Penal como última *ratio*!

Aí surge a criminalização do *stalking*, nominado de perseguição insidiosa. A orientação de monografia pode trazer algumas surpresas, como no caso do *stalking*, escrita por Jamil Nadaf. Ele pesquisou a trajetória

da construção teórica demonstrando a possível pertinência democrática. Claro que deve ser lida como monografia. Mas é o sintoma de que a monografia pode servir para algo bom.

Daí que uma mulher chamada Rebeca Schaeffer foi perseguida; perseguida porque ela era atriz. A Rede Globo tem esse problema aqui no Jardim Botânico justamente porque as pessoas se apaixonam, as pessoas são interessadas no *glamour*, iludem-se pelas imagens de consumo de felicidade. Estar apaixonado é um estado de suspensão, de fascínio, iniciado pelo encontro. Que é muito bom! Que se pudesse durar para sempre, mas não dura, esse é o problema! A *erotomania*, na verdade, gera alguma coisa que Freud já tinha trabalhado na psicanálise, isto é, a perspectiva de o sujeito se apaixonar por alguém e nesse lugar achar que o sujeito vive para ele. Erotomania é mais ou menos isso: ilusão de amor e compulsão erótica com o objeto/sujeito, revelada, todavia, pelo lugar da impotência. Então ele vive com ideias fixas de amor e que dominam a cena de sua realidade. Quando se trata de pessoas públicas, isso acontece com maior rigor.

Retomando, pois: uma atriz chamada Rebeca Schaeffer, em Hollywood, na Califórnia – essa é uma tipificação hollywoodiana – começou a ser perseguida e as perseguições significaram a possibilidade de ela ser intimidada e, ao final, o sujeito chegou a matá-la. Assim, a Califórnia fez a primeira tipificação do que viria a ser o *stalking*, o que veio depois a ser passado para outros países. Hoje nós temos essa tipificação do *stalking* na Índia, Inglaterra, Austrália, Itália, Canadá, China e Japão. No EUA, o *stalking* pode chegar à pena de 20 anos no estado do Texas.

O que vem a ser na verdade a tipificação real do *stalking*? Alguém que persegue seguidamente outro, intimidando, gerando medo, causando temor. Tem uma amiga minha, que mora em Curitiba, que há 6 anos um cara a persegue. O cara era apaixonado por ela, “ficou” com ela, e ela não quis mais. O cara mudou para o apartamento na frente do dela, na mesma altura. O cara manda flores todos os dias. Ela tem um telefone que o cara liga para ela 40 vezes todos os dias. Ela vai para algum lugar, o cara aparece; ela vai viajar para o exterior, o cara surge no lugar em que ela está. O cara não faz nada ativamente, mas ela vê o cara o tempo inteiro. Parece uma perseguição dessa ordem. Uma pergunta: isso se resolve pelo Direito Penal? O que se falou por aqui, nesse seminário, demonstra que o

Direito Penal como solução de condutas do cotidiano é um embuste. Mas se vai lá criminalizar, com dois anos de pena. Essa é a solução do direito para questões transcendentes como essa? Vamos fazer uma transação penal ou qualquer coisa do gênero, o Direito Penal serve para isso?

No Brasil, não se possui tipificação expressa, salvo na Lei Maria Penha, que, pelo artigo sétimo, dá a entender que *stalking* é a perseguição da mulher; estaria presente no caso dos ex-cônjuges. Dá para resolver por outras maneiras? Dá! Se tem feito ações de indenização por dano moral, de impedimento de se chegar perto, várias ações de obrigação de fazer, de não fazer, que resolvem a questão. O que tem sido trazido aqui é a moda da nova tipificação. O *stalking* está na moda.

A minha percepção é que a comissão, com todo respeito, contratou as pessoas do IBGE, as quais saíram pelo mundo assim: conheces algum tipo penal que não está no código? – Ah, conheço! Anotou e colocou no projeto de código. Aí fizeram um censo mundial e onde tinha um tipo penal diferente, trouxeram. Porque é um projeto de encarcerização mesmo. Só que esse projeto de encarcerização, e aí é que eu acho que a análise econômica do direito pode nos ajudar, traz um custo estatal inviável. É impossível sustentar o sistema com o que se tem de criminalização nova! E é impossível dar cabo do primeiro mês de criminalização disso (novo Código Penal). O que vem aqui é alguma coisa que tem o seu segundo passo. Com o aumento da entrada, ou seja, dos tipos penais, da criminalização primária e secundária (cotidiano), não havendo espaço para prisões, em breve, o monitoramento eletrônico surgirá como o novo eldorado. O monitoramento eletrônico é o segundo passo por assim dizer. A segunda lógica. Não é se prender, mas monitorar por razões econômicas, dado o custo reduzido e aparentemente mais *flex*.

Um parênteses. O IBDFAM (gosto muito da Maria Berenice, do Rodrigo da Cunha Pereira), daquele povo lá que acha que o princípio da felicidade está por trás das reformas do direito de família, mas que não se dá conta de que carrega uma fraude em algumas questões. São manipulados pelo discurso econômico. Esse é o discurso do cara que chega em casa 3 da manhã e diz que o pneu furou. Não é essa a verdade; ele estava em outro lugar. Aqui no direito de família, a lógica é a seguinte: os artigos da análise econômica do direito da década de 80 diziam que as pessoas casadas fazem poupança (quem casa quer casa etc...). A ideia era flexibilizar

as regras do casamento. Tanto assim que no mundo inteiro hoje se pode casar e separar. No Brasil, o que era alguma coisa “prisão perpétua” até 1977, depois desquite, separação, divórcio. Hoje o cara casa sexta e separa segunda. Por quê? Por que todo mundo tem o direito a ser feliz? Não! Porque isso faz com que o mercado gire, há separação de riqueza, transações comerciais... Normalmente, quando separa, se fica mais jovem, mais bonito, mais magro e se consome muito mais. O consumo, a lógica do custo-benefício, entrou aqui. Em relação aos portadores de necessidades especiais, o final das instituições totais não tem nada com Goffman ou Michel Foucault. Isso é uma conta econômica. Os portadores de necessidades especiais são agentes econômicos nulos, não servem para nada, dizem os economistas. Só geram custo estatal e coletivo. Mandar para onde? Para a família deles. O argumento foi: as instituições totais e tal. O que se verificou é que as pessoas colocadas em casa morreram, grande parte delas morreram e isso economicamente é viável. Matar gente que economicamente é inviável é, para o sistema, um benefício; é positivo. E isso não foi uma invenção minha; Hayek escreveu isso no livro “Direito, Legislação e Liberdade”. Pode-se explicar da seguinte forma: aquele que tem uma empresa com 30 anos de existência e não consegue pagar suas contas; o que nós fazemos? Falimos a empresa. Uma pessoa que tem 30 anos e não consegue comer o seu prato de comida; que morra! É duro de assimilar, mas é a lógica do sistema neoliberal. A segunda lógica é esta, a lógica aqui do sistema penal é: manter uma certa ordem. Só que esse discurso de uma certa ordem é um discurso autoritário que veio, na história recente, garantir a ordem e a disciplina, ceifando liberdades. É a prometida ordem mitigadora de um certo discurso de caos e violência constitutivos, todavia.

Em relação ao *stalking*, essa tipificação traz consigo algumas coisas interessantes: “são ações reiteradas de um curso de condutas para perseguição, mas que essas ameaças podem ser levadas a sério e dependem do medo da vítima. Agora, maravilha! O cara sai na noite para conhecer uma mulher e pergunta para ela assim: - Você tem muito medo? Sofre de pânico? É? Porque depois de mandar uma carta para a mulher, um e-mail, for lá no Facebook dela (porque tem também *cyberstalking...*, o cara põe alguma coisa no Facebook e a mulher vai lá e curte tudo...) mas tudo isso, percebam só, no Facebook curtir foto, comentar tudo, vai virar *cybers-talking*. Vai se poder criminalizar uma pessoa como essa, que na verdade

estaria, de alguma maneira, apaixonada ou interessada por outras coisas... As portas dos registros de ocorrências dessa ordem são enormes... Além do que o objeto do processo depende do medo da vítima...

É claro que tem condutas de incomodação. E os argumentos que eles usam..., a comissão na verdade não usa argumento nenhum. Eu fui ler as razões para se colocar o *stalking*: é porque no mundo moderno..., não é bem por aí. Não diz muitas coisas nas razões.

Mas tem algumas coisas interessantes... A pergunta é se isso de fato tem que dizer com o direito penal? Um exemplo: O cara se separou da mulher. Foi numa sala de bate-papo e disse que o sonho dele, passando-se por ela, assim, sonho da mulher, era ser estuprada por um desconhecido e deu o endereço da ex-mulher. Seis caras apareceram na porta dela querendo estuprá-la. Aí o cara foi condenado por *stalking*! A resposta penal resolve, de alguma maneira, a questão? Porque nós temos aqui é um sintoma da criminalização do cotidiano, mas uma criminalização que nos gera um medo às avessas. Um medo de nós não podermos mais nos relacionar. Isso é alguma coisa fantástica do ponto de vista coletivo, dado que faz com que nem aquilo que seria a possibilidade de estar por trás de um computador, pode implicar. Gera, no seu cúmulo, o medo de se relacionar e desfaz, cada vez mais, o projeto político de se sentir engajado em algo coletivo. O individualismo impera...

Outro exemplo. Nós temos aqui, hoje em dia, situações do cotidiano que são entendidas como o *stalking* americano: tem um sujeito que mandou 8 mil mensagens no Twitter dizendo que queria matar uma líder religiosa. É o discurso do ódio que no Brasil é tão intolerado. Esses dias eu respondi por uma vara de registros públicos e autorizei o registro do “Instituto Cannabis Sativa”, o qual pretende discutir a legalização da maconha. Liberdade de expressão! Não interessa se eu sou contra ou a favor. Querem se manifestar pela legalização da pena de morte; é liberdade de expressão, pelo aborto; liberdade de expressão, agora se for pela maconha não pode. Por quê? Porque nós não temos uma cultura democrática em relação a isso tudo. Depois eu deferi o primeiro casamento homo em Florianópolis. Então agora eu sou chamado pejorativamente de um juiz garantista, gay e maconheiro! O estereótipo está marcado lá, garantista, gay e maconheiro. Tudo porque as pessoas não conseguem viver sem apontar a falta no outro. E a liberdade de expressão é tão mal compreendida no Brasil.

As classificações americanas do *stalking* indicadas pela doutrina são de morrer de rir, não fossem trágicas. Eles acham que qualquer um que faça qualquer coisa que o outro não autorize acaba significando *stalking*. Então no Brasil, um país desta dimensão, com as culturas que foram afirmadas pela Vera Andrade anteriormente, qualquer conduta que signifique chegar próximo a alguém, mandar um e-mail, pode no segundo e-mail, por essa circunstância, gerar um boletim de ocorrência e batizar o sujeito no sistema penal. Na verdade, o que me parece aqui é que haverá uma democratização do acesso ao sistema penal mediante a colocação de tipos penais como esse, que no fundo são o sintoma da criminalização democrática do nosso cotidiano.

A Vera Andrade fez com que eu aprendesse algumas coisas nos seus cursos e livros. E uma delas foi que a gente tem que levar a coisa a sério. Então, quando ela falava do Alessandro Barata era preciso levá-lo a sério. Mas quando se fala, de regra, no ambiente forense, de Barata, a maioria pensa que é animal noturno de hábitos rastejantes... e isso é complicado. O cara acha que o mito da caverna é fantasia de escola de samba, Canotilho para juntar com miçanga para fazer fantasia. O sujeito possui um “gap” teórico, e esse “gap” teórico é um problema sério. Porque esse “gap” teórico faz com que ele vá seguindo as modas da estação jurisprudencial..., as modas da estação significam hoje, ao meu juízo, um grande problema da magistratura. Para se passar num concurso, de regra, deve-se saber regras.... direito posto.... ou seja, quase nada da complexidade do fenômeno jurídico. Passei no concurso da magistratura em 98 e não fosse estudar na academia, continuaria a ser um mero reprodutor de repositórios de jurisprudência.... açoitado, atualmente, pela lógica da gestão de unidades produtivas..., quase não se decidindo mais nada... Todos nós sabemos! Não fosse a assessoria, hoje nós estaríamos perdidos. E a assessoria funciona numa lógica de eficiência, para não termos sentenças reformadas... e gente, de regra, que tem qualificação, mas não é muito diferente daquilo que se espera: produtividade sem reflexão. Então nós temos uma gestão hoje da eficiência, da eficiência tratada por um sistema que entende a pena como alguma coisa benéfica, capaz de devolver a ordem e a disciplina. É uma lógica que significa a morte e talvez seja essa a nossa grande função, fazer morrer via sistema penal, agora com as entradas maiores diante da proposta do novo Código Penal.

Eu tenho uma proposta que é motivo de risos, até acho que pode ser mesmo. A lógica é assim: cabe quantos presos? 200. Tem quantas vagas? 50. Quantas varas criminais tem? 50. Um preso por vara. Inverter a lógica. Você tem um limite de pena por mês. Só pode condenar a 45 anos. Ah, é? Não pode ser 50? Não! Tem que ser 45 porque o sistema não aceita mais. Só condena no limite que pode assimilar. É muito maluco isso?? É porque não estamos lá presos! O projeto, da forma que está, além dos insuperáveis erros teóricos, significa criminalizar o cotidiano de maneira abusiva e incompatível com a Criminologia Crítica, ainda que atenda a uma ordem de que mesmo os reformadores talvez nem saibam. Mas a ignorância faz vítimas, sempre. Mais vale perecer pelos extremos do que pelas extremidades, dizia um sujeito chamado Jean Baudrillard. ❖

Da Aplicação da Pena no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro

Prof. Ms. Alcides da Fonseca Neto

Mestre em Direito pela UCAM, Juiz titular da 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital e Professor de Direito Penal da EMERJ, da Fundação Escola da Defensoria Pública e da PUC-RJ.

“A melhor reforma do Direito Penal seria a de substituí-lo, não por um Direito Penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o Direito Penal”

Gustav Radbruch

Foi com muita alegria que recebi o convite para participar do Seminário Crítico do Anteprojeto do Código Penal, organizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

A realização do evento foi idealizada pelos meus amigos, Desembargador Paulo Baldez e Juiz Rubens Casara, sob a coordenação acadêmica de um dos maiores juristas deste país, o querido Professor Doutor Juarez Tavares.

Daí a satisfação de participar do seminário, com a missão de discutir acerca da aplicação das penas no citado Anteprojeto, sem no entanto ter a pretensão de esgotar o assunto ou de discorrer sobre todos os aspectos do novo texto, pois alguns pontos ainda dependem de maior reflexão e seria prematuro e irresponsável tecer certas críticas desprovidas de maior meditação.

Assim que fiz a primeira leitura do novo texto, fiquei bastante preocupado com os rumos do pensamento jurídico-penal no Brasil, pois verifi-

quei, com certa perplexidade, que as premissas adotadas revelaram uma ideologia extremamente conservadora, presente nos corações e mentes dos ilustres membros que compuseram a Comissão de Reforma.

De fato, pude perceber nitidamente que o grande pilar do novo texto é um viés punitivo e encarcerador. Para tanto, basta afirmar que o instituto do livramento condicional, o instrumento da execução penal que desempenha um papel extremamente importante para proporcionar que o condenado se reintegre o mais rapidamente ao seu meio social, simplesmente foi abolido.

Em todos os países do mundo foram criados diversos recursos de-sencarceradores, justamente diante da notória percepção de que a pena de prisão tem um efeito criminógeno e não exerce sua função aparente de recuperar o apenado.

Além disso, outro sustentáculo teórico e punitivo no qual se baseia o Anteprojeto é a controvertida figura da reincidência penal, erigida à condição de verdadeira “Prima Donna” do texto reformador.

De fato, a reincidência não só foi mantida, como também teve os seus efeitos alargados, em prejuízo do réu, com a criação de uma subespécie: a reincidência decorrente de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Com efeito, ao tratar do sistema progressivo de cumprimento de pena, o Anteprojeto menciona, em seu artigo 47, I, que a progressão ocorrerá depois de cumprido, no regime anterior, um terço da pena, em caso de reincidência.

Mas logo depois, no inciso III, alínea “a”, está prevista a necessidade de cumprimento, em regime anterior, *da metade* da pena, quando o “condenado for reincidente em crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou em crime que tiver causado grave lesão à sociedade”. Nem é preciso aprofundar o tema para poder afirmar que este último enunciado, “grave lesão à sociedade”, é vago, impreciso, subjetivo e que, com toda certeza, será responsável por muitas injustiças que serão cometidas em nome do movimento da Lei e da Ordem ou sob o manto da ideologia da Defesa Social.

Por outro lado, ao tratar do regime inicial de cumprimento da pena, mais uma vez resplandecem a reincidência e a obrigação de que o crime seja cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, como condições para que o réu tenha direito ao Regime Aberto (artigo 49, III do Anteprojeto).

Como se não bastassem todos os gravames causados pela reincidência, ela passa à categoria de *circunstância preponderante*, uma vez que a atenuante relacionada à menoridade penal *simplesmente desapareceu do anteprojeto!* A menoridade penal, verdadeira tradição do nosso ordenamento jurídico, agora desaparece. Foi expurgada do novo texto. Para os membros da Comissão de Reforma, pouco importa se o indivíduo, maior de dezoito e menor de vinte e um anos, não tem a sua personalidade psicossocial completa. Acrescente-se que a proeminência desta atenuante sempre foi aceita, pacificamente, pela doutrina e pela jurisprudência de todos os Tribunais do país.

Assim, com a inexplicável exclusão da menoridade penal, a reincidência assume, como já assinalado, o contorno de circunstância preponderante no concurso entre atenuantes e agravantes. Esta parece ter sido a intenção dos idealizadores do projeto: Fazer com que a reincidência sempre conduza ao aumento da pena-base, independentemente da presença de qualquer atenuante.

E o que me causa ainda mais espécie é notar que na Exposição de Motivos do Anteprojeto é dito que houve a preocupação em incorporar a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Porém, a meu juízo – e afirmo aqui, não há de modo algum o objetivo de externar qualquer crítica de natureza pessoal aos membros da Comissão, mas apenas a de estabelecer críticas de índole ideológica- os idealizadores do Anteprojeto, ao que tudo indica, esqueceram-se de que muito em breve o Supremo Tribunal Federal estará julgando a constitucionalidade da reincidência, considerada por muitos doutrinadores e magistrados como violadora dos princípios da culpabilidade e do *non bis in idem*. Assim, é interessante destacar a pouca ou nenhuma importância que a Comissão confere a este julgamento, haja vista que, declarado o caráter inconstitucional da reincidência, o Anteprojeto perde um de seus principais alicerces teóricos.

De outro lado, nota-se que um outro centro das atenções do Anteprojeto é o de punir mais severamente os crimes cometidos com violência

ou grave ameaça à pessoa, esquecendo-se, talvez, os nobres membros da Comissão, de que os crimes que envolvem a prática de corrupção, especialmente quando cometidos por agentes públicos, muito embora não sejam executados mediante ameaça ou violência, causam muito mais malefícios à sociedade do que a grande maioria dos crimes patrimoniais, por exemplo.

Para tanto, basta voltar os olhos para os delitos que ora são objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Atualmente, hoje são julgados membros que pertenceram ao mais alto escalão da República e que, aparentemente, vinham sistematicamente lesando os cofres públicos há muitos anos. Tais crimes, quando banalizados pelas práticas públicas corriqueiras, corroem o pouco de credibilidade que o Sistema Penal ainda possui.

Assim sendo, os critérios escolhidos para a imposição do regime inicial e de progressão da pena, mais gravosos para o agente, produzirão, a médio prazo, o efeito de causar um encarceramento em larga escala neste país e é sempre bom lembrar que o Brasil já é o segundo país – atrás apenas dos Estados Unidos- que mais detentos possui, quase todos provenientes da classe subalterna e condenados por crimes patrimoniais.

Há que se indagar? É correta essa ideologia conservadora e punitiva que norteia a criação do novo Código Penal Brasileiro? A meu sentir, a resposta é negativa. Aliás, o Anteprojeto não só caminha na contramão da história, como também se afigura contraditório com a legislação vigente, haja vista que a recente Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, modificadora de vários dispositivos do Código de Processo Penal, teve o claro objetivo de diminuir o número de presos provisórios em nossas prisões. Ou seja, uma vez aprovado o Anteprojeto tal como foi apresentado, a política criminal brasileira estará se propondo a diminuir o número de detentos provisórios e se esforçando ao máximo para aumentar os presos definitivamente condenados.

Já no que concerne à forma de aplicação das penas, o anteprojeto manteve o sistema trifásico. No entanto, pelo exame do artigo 75 do citado texto, novamente sobressai o seu caráter retrógrado e punitivo, eis que foi mantida a concepção desatualizada de uma finalidade retributiva-preventiva da pena.

Mantém-se, desse modo, a ultrapassada ideologia da pena como critério de retribuição. Assim sendo, sem adentrar nas teorias que procuram deslegitimar a pena de prisão, até porque não é esta a intenção do presente trabalho, é possível constatar que no Brasil ainda se pretende fundamentar a pena num caráter de mera retribuição, ou seja, a pena, principalmente a privativa de liberdade, continuará a ser entendida como um ato de punição, de puro castigo.

De acordo com o que é propugnado pela doutrina moderna, o conceito de reprovação deveria ser estruturado, ao menos programaticamente, na ideia central de prevenção. Todavia, no atual Anteprojeto, a reprovação vem amparada como medida de punição e desta forma reflete um pensamento ultrapassado e carcomido pelo tempo.

Além disso, a reprovação, como medida de punição, representa um pensamento nitidamente inconstitucional, por ser incompatível com a nossa Carta Política¹

Assim sendo, diante dos princípios democráticos esculpidos em nossa Constituição, é inadmissível pretender que um magistrado imponha uma sentença penal condenatória, cujo fundamento seja a retribuição entendida como castigo. Na verdade, o critério de retribuição somente pode assumir e refletir um caráter preventivo, atrelado umbilicalmente ao critério de culpabilidade, isto é, a pena deve ser aplicada nos estritos termos da culpabilidade do agente e com o olhar voltado para a recuperação do apenado.

A título de comparação, é sempre importante o exame do Direito Comparado e, dentro desta ótica, é essencial a leitura do Código Penal Alemão, editado em 1976, cujo parágrafo 46, está assim redigido: *“a culpabilidade do autor será o fundamento da medição da pena. Deverão ser considerados os efeitos derivados da pena para a vida futura do autor na sociedade”*. Vê-se, pois, que o Código Penal alemão, vigente há quase quarenta anos, fundamenta a aplicação da pena tão somente sob a perspectiva da prevenção, voltada para a recuperação do condenado. E o referido Código, é preciso afirmar aqui, aboliu completamente o instituto da reincidência penal.

1 “A referência à reprovação, no sentido de retribuição, como fundamento da pena é incompatível com um Estado democrático de direito subordinado a determinados fins protetivos da pessoa, em atenção à sua dignidade e cidadania (Art. 1º, II e II, CF), ao seu bem-estar (art. 3º, IV, CF) e à prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF)”. Tavares, Juárez. “Culpabilidade e individualização da pena” (**Cem anos de reprovação**. Ed. Revan. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. Página. 132).

Enquanto isso, em terras brasileiras, no ano de 2012, é apresentado ao Senado Federal um Anteprojeto que pretende gerir os conflitos de interesse do século XXI, no qual ainda predomina a mensagem da pena como instrumento de punição, castigo, vingança.

Ultrapassado este ponto, cumpre examinar, neste passo, algumas das circunstâncias judiciais, presentes no artigo 75 do citado Anteprojeto.

Numa primeira leitura, encheu-me de alegria perceber que foram excluídas as circunstâncias judiciais relacionadas à “conduta social”, “personalidade” e aos “antecedentes”.

Como é sabido, o conceito de *conduta social*, compreendido como “o comportamento do agente, no seio da sociedade”, deve ser repudiado e afastado por constituir-se num puro juízo moral, que não se coaduna com o princípio da culpabilidade.²

Além do mais, a menção à conduta social do indivíduo representa uma clara e odiosa manifestação de um Direito Penal do Autor, em contraposição ao Direito Penal do Fato. Na verdade, aumentar a sanção com base na conduta social é responsabilizar o agente por aquilo que *ele é* (ou por aquilo que se pensa que ele é) e não por aquilo que *ele fez*³.

Além de tudo isso, parece-me antidemocrático estabelecer um postulado genérico de “*boa conduta social*”, pois o padrão que indica os bons comportamentos é construído a partir de valores pertencentes à classe dominante. Será que possuíam boa conduta social aquelas “*pe-soas honestas, decentes, cegas e desastrosas que votaram em Hitler, no ano de 1933*”?⁴.

Já a circunstância representada pela *personalidade* do agente, assim compreendida “como o conjunto de características exclusivas de cada

2 “A Constituição da República Federativa do Brasil, que tem um de seus fundamentos na ‘dignidade da pessoa humana’, garantiu-lhe autonomia moral a partir da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre manifestação de pensamento e expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, IV, V, VIII, IX e X). A primeira consequência disso é a absoluta interdição, para o Estado, de impor qualquer moral; aí reside um indescartável compromisso do Estado secularizado” (Batista, Nilo. **Cem Anos de Reprovação**. Ed. Revan. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2011, Páginas 173 e 174).

3 “No momento da cominação da pena na sentença condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória e, consequentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica” (Carvalho, Salo De. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Editora Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2004. Páginas 31 e 32).

4 Citação de Richard Rorty, mencionada no livro de Alexandre Morais da Rosa, intitulado **Decisão Penal: A bricolage de Significantes**. Editora Lumen Juris. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2006. Página 352).

ser humano”, igualmente viola o princípio do Direito Penal do Fato, haja vista que, mais uma vez, o magistrado é chamado a emitir um juízo de valor moral sobre caracteres individuais do autor e não sobre a conduta por ele cometida, o que também ofende o princípio constitucional da Culpariedade.

Além disso, ao majorar a pena-base em face da personalidade, resquício da etiologia positivista do século XIX, o juiz assume o papel de diagnosticar, radiografar o interior do indivíduo, conquanto ele não tenha qualquer conhecimento técnico para fazê-lo, o que invariavelmente conduz o magistrado a valer-se de termos vagos, imprecisos e genéricos⁵, o que impede qualquer possibilidade de refutação e comprovação, dentro do processo, culminando por traduzir-se em afronta aos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

Mas não param por aqui as críticas à aludida circunstância. O exame negativo da personalidade do réu também serve como instrumento para que a pena seja regrada além dos limites da culpabilidade, o que também se contrapõe aos princípios da legalidade e da proporcionalidade⁶.

Todavia, em que pese a eliminação de tais circunstâncias, minha alegria desapareceu ao perceber que os “antecedentes” foram deslocados da condição de circunstâncias judiciais e inseridos como agravantes genéricas, consoante se pode notar pela dicção do artigo 77, II.

Entretanto, não houve um mero deslocamento sistemático, uma vez que agora os antecedentes passam a ser definidos da seguinte maneira: *“os antecedentes ao fato, assim considerados as condenações transitadas em julgado que não geram reincidência ou quando esta for desconsiderada na forma do artigo 79, parágrafo único, deste Código”*.

Na primeira hipótese não há maiores problemas, pois é hoje pacificamente aceito que a sentença do primeiro crime, quando transite em julgado após a ocorrência do segundo delito, sirva como indicativo de maus

5 “Duvida-se, pois, da própria possibilidade de conhecimento da personalidade, porque, afora a inexistência de um padrão para comparações, se reconhece que ela é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo, sempre à mercê dos estímulos e dos traumas de toda ordem” (Boschi, José Antonio Paganella, ob. cit., p. 173).

6 “Inicialmente, pode-se dizer que a personalidade, como critério de prevenção geral ou especial, não pode implicar a fixação da pena além dos limites impostos pela culpabilidade, pois isso importaria em violação aos princípios objetivos da legalidade e da proporcionalidade (Tavares, Juarez, ob. cit., p. 148.).

antecedentes, quando por ocasião da prolação da sentença condenatória do segundo delito.

Mas a outra situação é extremamente perversa para com o réu. Na parte em que está proposta que haverá maus antecedentes quando a condenação transitada em julgado for desconsiderada, o que se está afirmando é que, agora, através de lei, a chamada prescrição quinquenal da reincidência passará a ser considerada como fator de maus antecedentes.

É sabido, por um lado, que a denominada prescrição quinquenal da reincidência já era entendida como indicativo de maus antecedentes, de acordo com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, mas há uma grande diferença entre jurisprudência e lei. A jurisprudência, pela sua própria natureza, pode modificar-se rapidamente. A lei, ao contrário, é feita para ser perene. Assim sendo, enquanto entendida como mera jurisprudência, dito pensamento poderia ser rapidamente modificado, de acordo com o que clama, inclusive, toda a doutrina penal brasileira. Na verdade, a jurisprudência dominante de hoje pode nem existir amanhã.

Não obstante, transformada em lei, referido posicionamento perdurará e se incorporará ao arcabouço jurídico-penal brasileiro, em claro prejuízo para o cidadão.

De fato, não se está discutindo sobre uma questão de menor importância. Muito ao contrário. Sempre sustentei a arbitrariedade do posicionamento dominante por vislumbrar nele uma clara afronta à lei vigente, haja vista que, se a prescrição da reincidência pode transformar-se em maus antecedentes, de que adianta para o réu a ocorrência da prescrição, cuja característica é apagar, é fazer desaparecer os efeitos jurídicos antes existentes?

Doravante, se aprovado o Anteprojeto, o indivíduo que já é estigmatizado por sua condição de reincidente, continuará a ser taxado como delinquente até o final de sua vida. O rótulo discriminatório apenas mudará de nome. É a isso que se chama processo de seletividade. O indivíduo começa a se comportar, na vida social, como um ser diferente, como alguém que carrega uma mácula e que o distingue dos demais. Ele passa a ser visto e a se comportar como se estivesse em posição de desigualdade no meio em que vive.

A consequência disso, segundo mostram inúmeras pesquisas, é que dito indivíduo acaba iniciando uma verdadeira carreira criminosa, visto que o próprio Estado não lhe deixa outra opção⁷.

E o mais grave, o que a mim mais causa indignação é que, de acordo com o novo texto, os maus antecedentes adquirem uma conotação perpétua, vez que não foi previsto um termo final para a abolição dos maus antecedentes, neste caso.

Quanto às atenuantes, o mais significativo, como já apontado, é o desaparecimento da menoridade. Mas a idade do idoso, considerado à data da sentença, como fator de atenuante, aumenta para setenta e cinco anos. Quantos condenados ainda estarão vivos para receber a aludida atenuante?

Importa também destacar o artigo 76 do Anteprojeto, que certamente se transformará em objeto de muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência, se aprovado. Ele trata da fixação de alimentos e está assim redigido: *“Na hipótese de homicídio doloso ou culposo ou de outro crime que afete a vida, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará alimentos aos dependentes da vítima, na forma da lei civil”*.

Se é na forma da lei civil, cuida-se do artigo 948, II, do Código Civil, isto é, fixação de pensão. Assim, é absolutamente previsível que logo surjam aqueles que dirão que o artigo é inconstitucional por violação ao Princípio da Correlação, por vulneração ao Princípio do Devido Processo Legal, etc.

Mas se o juiz pretender se esforçar para aplicar o apontado dispositivo, preocupado com a situação dos dependentes da vítima, ainda assim ocorrerão objeções e discussões. Por exemplo, quem terá legitimidade para requerer? O Ministério Público ou o Assistente de Acusação? Porém o que me parece um grande complicador é o fato de que o juiz criminal terá de expandir a instrução. Afinal, o valor da pensão dependerá da prova dos ganhos da vítima. Tudo isso à luz do contraditório e da ampla

⁷ “Não só as normas de direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e, especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo sobre o *status social* dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social” (Baratta, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2ª edição. 1999, ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. p. 168).

defesa. Deste modo, a instrução criminal, concebida para obedecer aos princípios da concentração, oralidade e celeridade, terá necessariamente que se alongar e não poderá ser resolvida através de uma audiência una, como determina a atual lei processual penal, até porque a instrução terá natureza mista, isto é, também será uma instrução de matéria cível. Ante-vejo sérios problemas, especialmente nas hipóteses de réus presos. Resta saber como se comportará a jurisprudência dos Tribunais.

Uma outra questão preocupante, porém perfeitamente compreensível diante dos ideais conservadores do Anteprojeto, é verificar que todas as agravantes relacionadas ao concurso de pessoas agora se transformam em causa especial de aumento de pena, de acordo com o artigo 38 § 4º. E o pior de tudo é que a fração de aumento irá de um sexto a dois terços, ou seja, aquilo que hoje é agravante e que pode até ser compensado com uma atenuante, passa a ter aplicação obrigatória.

Já nas hipóteses de redução obrigatória da pena, o projeto sempre é espartano; as reduções da reprimenda no projeto são as menores possíveis, como no caso de diminuição da reprimenda nas hipóteses de reconhecimento do dolo eventual, cuja redução é estabelecida *em até um sexto* (artigo 20). De acordo com a minha compreensão, portanto, a possibilidade abstrata de imposição de penas tão elevadas viola os Princípios da Proporcionalidade, da Culpabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Prosseguindo com a leitura, no artigo 84 começa o cálculo da pena, com a manutenção do sistema trifásico, mas com a particularidade de que as circunstâncias agravantes e atenuantes observem “*os limites legais cominados*”.

O que desperta a atenção aqui, mais uma vez, é a preocupação com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ou melhor, com a jurisprudência dos Tribunais Superiores desfavorável aos réus. Mais uma vez, o que antes era apenas jurisprudência passa a ser lei. Explico.

O texto legal determina que o juiz, ao aplicar a pena-base, não possa reduzi-la aquém do mínimo legal, em razão das atenuantes. Ora, em que pese este respeitável entendimento, a sanção deve ser reduzida aquém do mínimo legal para que ela não seja aplicada acima da medida

de culpabilidade do agente. Pena que não esteja atrelada à culpabilidade não é pena. É castigo⁸.

Porém, aqueles que não concordam com o entendimento por mim esposado, normalmente o rebatem com a afirmação de que a pena também não será aumentada, além do máximo, pela agravante. Contudo, as duas situações, que aparentemente constituem os dois lados da mesma moeda, na verdade se apresentam completamente diferentes.

O impedimento para a elevação da pena, além do máximo, pela agravante, está relacionado ao Princípio da Proporcionalidade.

De fato, é completamente desarrazoado supor que o juiz vá aplicar a reprimenda no máximo para, depois, elevá-la em razão de uma agravante.

Entretanto, o mais grave, ilegal e injusto é trazer as duas situações para o mesmo patamar jurídico com o intuito de igualá-las. Isto porque, em razão do princípio da Proporcionalidade, rarissimamente o magistrado aplica a pena no máximo cominado abstratamente à espécie. Todavia, com muita frequência, por reconhecer um nível normal de culpabilidade decorrente da violação do tipo penal, o magistrado aplica a pena-base em sua quantidade mínima. Disso decorre que a equiparação equivocada das duas situações é extremamente prejudicial ao réu e claramente violadora dos princípios da Culpabilidade e da Individualização da pena.

Mas não termina aqui. Há mais.

Outro ponto que continua a merecer duras críticas é o posicionamento de que o óbice para reduzir a sanção aquém do mínimo legal, pela atenuante, decorre do princípio da legalidade.

Como é possível se falar em violação do princípio da Reserva Legal se as atenuantes são aplicadas na segunda fase de regramento e não no primeiro estágio de dosimetria? De fato, ao aplicar a pena-base, está o juiz adstrito aos parâmetros abstratamente previstos pelo legislador, de modo que não pode ele estabelecer qualquer sanção que não esteja inserida na escala penal previamente prevista em lei.

8 "Nesse aspecto, atendendo a que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, nada obsta a que as circunstâncias atenuantes e os critérios de prevenção geral e especial possam conduzir à diminuição da própria pena-base, inclusive aquém do mínimo cominado ao delicto. A pena-base pode, assim, ser diminuída pelas atenuantes genéricas e pelos critérios de prevenção geral e especial relacionados no artigo 59 do CP". (Tavares, Juarez, **Cem Anos de Reprovação**. Ed. Revan, 2011, p. 139).

A partir deste ponto, entretanto, a dosimetria prossegue através de um processo trifásico, em que a segunda etapa é justamente a fixação das atenuantes e das agravantes.

Assim sendo, não é lógico nem jurídico que o juiz permaneça *en-gessado* à pena abstratamente prevista em lei, justamente porque, na segunda fase de dosimetria, ele tem dever de regrar e individualizar a pena, com a obrigação de respeitar, sobretudo, as regras constitucionais de cumprimento obrigatório.

Além disso, a mencionada redução é operada *em benefício do réu*, de modo que se apresenta como absolutamente falsa a assertiva de que haveria vulneração ao princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, caso a pena fosse trazida para aquém do mínimo legal, uma vez que este citado “valor” constitucional, desde os tempos do Rei João Sem Terra, foi criado para limitar e até para impedir o arbitrário exercício do *jus puniendi* estatal, em detrimento do cidadão e não pode este mesmo princípio ser utilizado para negar um direito legalmente assegurado a todo cidadão que eventualmente esteja na posição de réu numa ação penal.⁹

Em outras palavras, afigura-se como uma inaceitável *inversão de valores* que um princípio constitucional cunhado para proteger o cidadão, contra o Estado, possa agora ser utilizado contra o mesmo cidadão, a favor do Estado!!!

Por outro lado, negar a apontada redução também conduz à violação do princípio constitucional da Individualização da Pena, como se pode observar do seguinte exemplo: Imagine-se que uma ação penal seja proposta em face de três réus e que, ao final, os três acusados sejam condenados, pelo mesmo crime, em coautoria delitiva. O magistrado aplica, então, a pena mínima para os três e esta se torna definitiva. Porém, o primeiro confessou, o segundo é maior de setenta e cinco anos e o terceiro não possui qualquer atenuante a seu favor. Indaga-se: É justo, é legal, é legítimo que os três acusados recebam a mesma reprimenda simplesmente por causa de uma vedação inconstitucional, imposta pela jurisprudência e que agora se quer referendar através do Anteprojeto do Código Penal?

⁹ Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete de súmula nº 231 e através dele impediu que a pena-base fosse reduzida aquém do mínimo legal como decorrência de qualquer atenuante, ao argumento de que a alegada redução criaria um sistema de “*ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados*” (Recurso Especial nº 146.056/RS).

Assim, mais importante do que qualquer Anteprojeto, qualquer artigo de lei, súmula, ou jurisprudência com força de repercussão geral, é o estrito cumprimento de nossa Constituição da República, de modo que será sempre possível a citada redução da pena sempre que for necessário individualizá-la e adequá-la aos limites da culpabilidade do agente.

Millôr Fernandes disse uma vez que *“o problema não é apenas caminhar na estrada certa. Temos que arriscar também na contramão”*. Este é o procedimento que procuro adotar. Trilhar muitas vezes pela contramão para chegar ao lugar certo.

Nesta altura, como ressaltai inicialmente, é preciso dizer que não procurei examinar todos os aspectos do novo texto, até porque o presente artigo é fruto da palestra que proferi no Seminário Crítico da Reforma do Código Penal e, evidentemente, havia uma limitação de tempo.

Portanto, prosseguindo ainda com relação a um ponto específico, que é o instituto do crime continuado, verdadeira forma especial de concurso de crimes, pude observar que o Anteprojeto perdeu uma grande oportunidade de aperfeiçoar, de modernizar tão importante instrumento de aplicação das penas.

Efetivamente, o novo texto mantém a menção aos “crimes da mesma espécie”, principal núcleo de referência da estrutura típica da continuidade delitiva, sem que tenha havido qualquer preocupação com uma nova definição sobre o seu alcance, de forma que a expressão “crimes da mesma espécie”, cuja função é produzir tipicidades homogêneas, continuará a ser definida como sempre o foi desde a década de quarenta do século passado, isto é, englobando somente os crimes previstos no mesmo dispositivo legal, incluindo-se aí os tentados, consumados ou qualificados¹⁰.

Entretanto, com o passar dos anos, a maioria esmagadora dos doutrinadores brasileiros, com a contribuição deste autor¹¹, passou a sustentar que os crimes da mesma espécie não só se constituem naqueles que lesionam o mesmo bem jurídico, como também nos que apresentam homogeneidade objetiva, isto é, uma afinidade modal que deve envolver os delitos sequenciais que compõem o crime continuado.

10 Neste sentido: Hungria, Néelson. Crime continuado. **Novas Questões Jurídico-penais**. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1945, p. 99.

11 **Crime Continuado**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004, p. 84 a 86.

Na verdade, não era mesmo possível esperar o surgimento de uma redefinição mais liberal e abrangente, afinada com o pensamento moderno, pois isso propiciaria conferir maior amplitude ao referido instituto, justamente o que não pretendeu fazer a Comissão de juristas.

Com efeito, a manutenção do texto antigo está a serviço do caráter punitivo do Anteprojeto e a maior prova disso é de que houve mudanças em relação ao crime continuado, nos termos do § 2º do artigo 88, com o claro objetivo de reduzir o seu âmbito de incidência.

Segundo o novo texto, ele não se aplicará mais aos crimes dolosos que afetem a vida, bem como ao estupro.

Dessa maneira, os membros da Comissão atendem aos clamores da opinião pública – talvez fosse melhor chamá-la de “opinião publicada”- uma vez que os meios de comunicação procuram induzir as massas a acreditar na falácia de que, quanto maior a pena, melhor estará protegida a sociedade.

Assim sendo, a opção pela aplicação cumulativa das penas, nos casos já citados, causará o incremento de sanções mais duras, quase sempre desproporcionais e desumanas.

Desta maneira, mesmo correndo o risco de ser repetitivo, cabe mais uma vez a indagação: Onde podem ser encontrados, no Anteprojeto, os princípios constitucionais da Proporcionalidade, Culpabilidade e Humanidade? Talvez eu não esteja procurando nos lugares certos ou, então, talvez os meus conceitos sobre os referidos princípios estejam defasados ou equivocados.

Por fim, eu encerro o meu escrito com a nítida intenção de enfatizar os meus temores e as minhas preocupações com o novo texto através do qual se pretende alterar o Código Penal brasileiro.

Porém, tenho a mais absoluta certeza de que muitos juristas, quase todos mais ilustrados do que eu, também caminham na mesma direção: Apontar, fundamentadamente, o viés punitivo de um Anteprojeto de Código Penal que a sociedade brasileira não precisa e muito menos merece. ❖

A Política Criminal da Exclusão na Reforma

Prof. Dr. Alexandre Fabiano Mendes

*Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Criminologia pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Professor de Direito Urbanístico - PUC/RJ. Coeditor da Revista **Lugar Comum**: Estudos de Mídia, Cultura e Democracia.*

Queria agradecer, antes de qualquer coisa, o convite. Acho que é uma ótima oportunidade podermos discutir o Código Penal. Muito me honra estar aqui fazendo essa intervenção e queria cumprimentar os colegas de mesa e também o público presente.

Bom, claro que o tema geral seria o da política da exclusão, mas só irei concentrar um pouco o foco no crime de terrorismo, que veio previsto no projeto de reforma. Obviamente, é um tema polêmico, eu acho que não é por acaso que devamos trabalhar esse assunto, pois o tipo de terrorismo não é uma mera previsão de mais um crime, mas muito mais uma dinâmica de trabalhar o direito penal e processo penal e, num conjunto geral, o uso legítimo da força. Na verdade, ele não é apenas um crime, ele é uma forma de repensar – até infelizmente – alguns dispositivos ligados à política criminal, por isso acho importante falar um pouco sobre ele.

Antes de mais nada, vou falar também do meu ponto de vista; eu sou professor de Direito Urbanístico, aí vocês se perguntam o porquê de um professor de Direito Urbanístico estar falando de Direito Penal. Na verdade, eu trabalho muito com movimento social urbano, principalmente a partir do trabalho que tive na Defensoria Pública, no Núcleo de Terras e Habitação. Durante quatro anos conheci toda essa luta e acabei cada vez mais entusiasmado com a área e hoje eu ocupo a posição um pouco estranha de falar de Política Criminal e um pouco de Política Urbana também.

Em primeiro lugar, a melhor maneira de se chegar a um debate sobre terrorismo é falar não apenas da sua tipicidade, não apenas da sua

previsão, mas também sobre a visão de política que há por detrás do crime de terrorismo.

Desse modo, eu apresentarei alguns pressupostos da chamada doutrina de segurança. Acho muito importante o que se falou pela manhã sobre uma forma dogmática sobre a Parte Geral, em referência à palestra do meu amigo Tiago Joffily que tratou muito bem de algumas mudanças sobre a definição, a tentativa e o princípio da lesividade, que cada vez mais ampliam esses conceitos para uma visão de potencialidade, e não de ato. Cada vez mais o Direito Penal se aproxima dessa mera potencialidade. Isso foi bem estudado pela manhã, não vou precisar reprimir isso.

Não há como trabalhar isso de uma maneira simplesmente dogmática; não é uma escolha teórica que de repente foi feita porque alguém acha que algum jurista tem atributos melhores do que outro e faz essa escolha, mas é uma visão de política e de segurança que vem até mesmo sendo sedimentada no Direito Internacional e na Política Internacional.

O primeiro ponto que nós temos que levar em consideração é o da mutação com que já trabalhei há quinze anos na teoria política, que é exatamente a passagem do Estado-Nação para um movimento de globalização. Posso citar aquilo que alguns autores – um que eu gosto que é o Antonio Negri – chamam de Império, conceito que poderia explicar bem a passagem do momento em que o Estado-Nação, não que ele deixe de existir, começa a trabalhar com um arranjo, que não é um arranjo próprio de soberania nacional, mas um arranjo global.

E, em segundo lugar – claro que a política não trabalha sozinha – há uma distribuição dos mecanismos de produção, dos arranjos produtivos, que diluem a economia, as unidade de produção por todo território global. Por exemplo, meu celular é montado na China e o design é da Califórnia; isso mostra como é a economia hoje, o conteúdo imaterial dele é californiano e o conteúdo material é chinês.

É importante fazer essa menção rápida, porque não posso perder muito tempo. O Código Penal em vários momentos traz para figuras como o terrorismo uma proteção muito maior, de uma propriedade imaterial, isso faz parte desse arranjo, que faz parte de acordos e discussões que acontecem até no âmbito internacional. Pode-se até pensar que há uma proteção menor com relação ao patrimônio, as penas diminuíram com

relação ao roubo, furto, mas também há uma nova entrada na nova economia das ilegalidades, vamos dizer assim, de uma nova proteção que é antecipada pelo Projeto. Com relação à propriedade imaterial, por exemplo, há uma preocupação do novo código com a questão da rede, da informática, do ciberterrorismo, uma proteção da propriedade imaterial, que faz parte hoje, da produção do capitalismo.

O que nos interessa aqui, primeiro, é um conceito que tem a ver com o terrorismo, que é o Estado permanente de guerra. No livro **Multi-dão**, mais uma vez citando o Professor Antonio Negri, está posta a seguinte questão: “Uma das consequências desse novo tipo de guerra é que os limites da guerra se tornam indeterminados em termos espaciais e temporais. A guerra é de uma época antiga, contra um Estado-Nação e tinha claras delimitações espaciais e temporais. A guerra hoje em dia, em contraste, se dá contra um conceito ou contra um conjunto de práticas, mais ou menos como uma guerra de religião, e não tem limites.”

O que ele está querendo dizer é que os Estados Unidos quando vão bombardear o Afeganistão não diz que está em guerra contra o Afeganistão, ele diz que está em guerra contra um grupo terrorista, ele diz que está em guerra contra uma prática, que, eventualmente, ele entra em guerra com aquele território para libertar aquele povo desse grupo terrorista. Isso muda completamente a visão de guerra no ambiente internacional.

Isso está no centro da descrição do terrorismo.

Tem um artigo de Ronald Dworkin, escrito dois anos depois do atentado às Torres Gêmeas, que mostra muito bem isso. Os Estados Unidos uma hora falam que há uma guerra, mas não é bem uma guerra; eles até criaram um terceiro tipo de figura, que é o combatente ilegal que não está previsto na Convenção de Genebra, que não é um soldado nem um civil. Essa indeterminação é uma das características principais dessa conjuntura para fugir da Convenção de Genebra. E, para fugir da aplicação direito penal cria-se a figura do combatente ilegal, fruto exatamente dessa confusão que é o estado permanente de guerra, em que não se sabe mais qual é o limite temporal e espacial.

Há uma confusão, há uma recusa de trabalhar com conceitos que eram tradicionais, tais como inimigo externo ou as chamadas classes pe-

rigosas. Hoje, não há como determinar dentro desse paradigma, o que o Estado-Nação fazia antes definia um inimigo externo, que era outro país, e internamente dizia que tinha problemas com classes perigosas, com pessoas que causavam algum distúrbio, cometiam alguns crimes, eram sediciosas. Hoje, as coisas se misturaram; tanto é que um cidadão pode ser muito bem considerado um inimigo dentro do seu próprio Estado.

Então, aquela visão antiga de que o cidadão que colaborasse com o inimigo externo é o traidor, mas, por outro lado, diante de um inimigo externo poderíamos até formar um exército com as classes perigosas, que foi muito feito, vamos pegar a delinquência para formar um exército, para ajudar no exército, já que nosso inimigo é externo, essa dicotomia não funciona mais.

E há uma série de consequências importantes dentro dessa visão. E uma delas é que exatamente por essa distinção não funcionar mais, existe uma insegurança total com relação à presença desse perigo, ou seja, o perigo do terrorismo está em todos os lugares, em todos os momentos, ele pode aparecer em qualquer momento. Essa é inclusive uma frase do Donald Rumsfeld, Secretário de Defesa dos Estados Unidos. Diz ele: “Enfrentamos nesse novo século um sério desafio, defender nosso país contra o desconhecido, um certo invisível e inesperado.” Ele está falando exatamente sobre o terrorismo. O inimigo se torna da ordem de uma presença que, ao mesmo tempo, é ausente, pode estar em todos os lugares.

E, por outro lado, esse medo se difunde, a presença do inimigo se difunde, você há uma chamada para colaboração global de toda humanidade contra esse crime. Porque é importante dizer que o perigo se difunde; a tendência é que as noções de periculosidade do indivíduo se difunde pelo próprio sistema, talvez por isso o código possa até abrir mão do conceito de personalidade do infrator, que é um conteúdo do chamado delinquente. O perigo está presente na definição de tentativa, na definição de lesividade, na definição de como a gente olha para o sistema penal, como se olha para as finalidades do sistema penal.

Então, ele não está mais encarnado na imagem anedótica que o Lombroso fazia de uma figura com um olho, orelha pontiaguda ou com o queixo um pouco largo ou com os dedos alongados. Nós não precisamos mais dessa figura porque o medo e a periculosidade já diluíram dentro

do sistema, e talvez seja por isso que as teorias sistêmicas façam sucesso hoje em dia na prevenção do risco.

Portanto, de forma sintética, é o que se pode dizer do novo contexto global em que se verifica o terrorismo.

Eis como alguns autores clássicos tratam do termo terrorismo, em algumas frases: “O termo terrorismo é insatisfatório. É emotivo, muito carregado politicamente, falta uma universal ou mesmo genérica aceitação consensual. Qualificar um ato de terrorista diz mais sobre a perspectiva política daquele que o qualifica do que ao ato em si.” Essa frase, esse trecho é de um livro de Joseph Lambert de 1990, um livro conhecido, no qual ele aborda a questão dos reféns do direito internacional, **Terrorism and Hostages in International Law**.

Agora, outro trecho de outro livro: “Terror e terrorismo não são palavras que se referem a um claro, bem definido e identificado conjunto de eventos fáticos, essas palavras também não desfrutam de um consenso na doutrina do direito.” Isso já foi dito em 1975 no artigo clássico de Mallinson sobre terrorismo: “*The concept of public purpose terror in international Law*”, que é muito citado.

O Professor Nilo Batista, que foi meu professor, diz que: “Apoiado num estudo de Alfred Rubin, Heleno Fragoso nos explicava, o grande mestre estava na ocasião namorando o *labelling approach*, [que é uma perspectiva da criminologia], que as razões pelas quais o rótulo terrorista é aplicado num caso e não num outro, parece pouco a ver com a natureza dos atos. Elas derivam do interesse da reação oficial a tais atos. É desconcertante para o pensamento jurídico que o descarrilamento argelino de um trem que teve o efeito colateral de matar e ferir alguns inocentes seja classificado como terrorismo e sobre Hiroshima não se fala nada.”

Ele está aqui mostrando a relatividade do conceito. Pode-se citar um milhão de exemplos históricos de como o conceito de terrorismo é aplicado a dadas circunstâncias e ninguém consegue definir bem o que é: a Argélia é um deles, no Brasil, até nossa Presidenta pode ser outro. Na Itália, até o próprio Prof. Antonio Negri foi condenado, cumpriu prisão, uma história toda complicada, e a participação dele foi simplesmente ser o “mentor” intelectual de grupos de esquerda, por isso conseguiram qualificá-lo de terrorista.

O Professor Schimdt, nos anos 1970, organizou uma enciclopédia política que trouxe alguns verbetes e ele iria elaborar justamente o verbebo terrorismo. Para ele não havia como definir terrorismo. Logo, ele enviou cartas para vários cientistas políticos dizendo: “Olha, queria que você definisse terrorismo”. Segundo ele, foram enviadas 109 definições diferentes sobre o que era terrorismo, o que impossibilitou durante muito tempo a elaboração do verbebo e ele desistiu de assumir o compromisso de definir o tema.

Bom, nós sabemos que, dentro dessa fluidez toda, obviamente o que é mais importante é a disputa política sobre o conceito. O ideal seria que não trabalhassemos com o conceito, mas pragmaticamente, no âmbito internacional há uma disputa sobre ele. Há trinta anos, os países africanos, árabes e islâmicos lutam na ONU por uma conceituação de terrorismo para que alguns atos que eles consideram de resistência não fossem considerados como terroristas. Eles dizem: “Olha, não é terrorismo lutar contra a opressão, não é terrorismo realizar uma resistência contra o colonialismo, não é terrorismo reagir contra a ocupação, seja a qual título for, de algum Estado estrangeiro sobre o nosso Estado. É claro que eles estão preocupados com Israel e com toda a política internacional.

E eles ainda dizem o seguinte: nós temos que qualificar também atitudes, iniciativas do Estado como iniciativas terroristas, por exemplo, bombardear população civil, porque isso é considerado o uso da força por um Estado e não é considerado ato de terrorismo.

Há uma disputa em torno do assunto, e é claro que eles estão visando a Israel. Tentar qualificar alguns atos como terroristas e legitimar algumas resistências contra opressões externas.

Mas o fato é que a gente assiste a esse debate. E qual é a realidade atual? Ontem foi o aniversário de 11 anos do 11 de setembro. Em função do ataque às Torres Gêmeas, você tem a ONU é pressionada para retomar o que seria uma Convenção, que eles chamam de exaustiva, sobre terrorismo. Já existem basicamente doze convenções sobre o tema e eles chegaram à conclusão que deveria haver uma Convenção exaustiva que tratasse mesmo da qualificação do terrorismo.

Em 2001, a proposta inicial foi feita pela Índia. Em 2007, a ONU recebeu uma nova proposta e esse Comitê, que se chama Comitê *Ad hoc*,

até hoje não chegou a nenhuma conclusão. Todo ano vocês podem acessar o relatório, que ele sempre termina assim: “Nós temos que chegar a uma definição, nós já estamos há dez anos aqui e nada se fez para conseguir concluir o rascunho dessa Convenção”. Mas eles já imbutiram dentro desse rascunho dois conceitos principais: primeiro, que eu acho fundamental e nós vamos chegar lá e depois vamos entender o porquê, eles sempre falam em danos sérios contra a pessoa ou danos sérios contra a propriedade privada ou pública quando esta possui sentido estratégico ou uma utilização pública, no contexto de gerar pânico ou terror à população ou, no contexto, de tentar pressionar os Estados a adotarem posição que não adotariam se não fosse por esse método.

Portanto, a nossa reforma até que foi bem audaciosa ao querer definir o terrorismo sem esperar a conclusão desses debates. E eu cheguei até a matéria não foi porque eu a estivesse estudando atualmente, mas foi porque há um temor muito sério de que os movimentos sociais e algumas atividades políticas sejam qualificadas como terrorismo. Mas, enfim, ao se iniciar o estudo e percebe-se, primeiro, que há revogação da Lei de Segurança Nacional. Isso é o relator quem diz como se fosse um feito extraordinário. Dentro da nossa visão, não é tão extraordinário assim, no sentido de que, para se deslocar um paradigma da defesa social para um paradigma da segurança, a Lei de Segurança Nacional é atrasada mesmo. Por exemplo, na primeira parte da lei fala-se de traição, e as autoridades não estão querendo muito saber disso, elas querem é a definição da segurança global.

Então, a lei é revogada e essa torção acontece de forma muito clara quando se verifica o inciso III do artigo que trata sobre o que é considerado terrorismo. Primeiro diz o *caput*: “causar terror na população mediante as condutas descritas no parágrafo deste artigo quando:” aí vem inciso III: “forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, sexo, identidade,... ou por razões políticas, filosóficas ou religiosas”.

Há um deslocamento, porque o chamado atentado contra a segurança nacional ocorria sempre contra o Estado-Nação, e agora vê-se pelo inciso III que não, que pode ser por motivos ideológicos, religiosos, sempre motivados por preconceito. Isso já mostra o deslocamento da visão do Estado Nacional para Segurança Global. É claro que no primeiro momento pode-se achar muito bom, mas temos que estar atentos às novas

questões que estão surgindo, e uma delas é a legitimidade do discurso de segurança a partir de uma visão abstrata dos direitos humanos e desses tipos de motivação.

Mas ainda não é isso que eu queria enfatizar. Vamos continuar falando sobre o causar terror. Todos que falam de terrorismo falam que causar terror é um conceito eminentemente subjetivo. Como trabalhar isso? Alguns tentam fazer uma diferenciação entre pânico, medo e terror, mas todo mundo concorda que terror na população é algo muito subjetivo. Para Regina Duarte, por exemplo, a eleição do presidente Lula pode ter sido um ato de terrorismo! Porque ela tem medo de um monte de coisas, ela agora tem medo dos índios, ela tem esse sentimento de pânico muito forte. Qual vai ser o parâmetro a ser utilizado para definir esse terror?

Após pesquisar no Código Francês, que tem o tipo do terrorismo, no Código Espanhol, no Código Português, nas doze Convenções que existem no âmbito internacional, até mesmo no chamado *Patriot Act* americano, o Ato Patriótico de outubro de 2001, verifiquei que em nenhum lugar existe o que existe no parágrafo 3º, mais para o final, que diz: “incendiar, depredar, saquear, explodir, [agora atenção total] ou invadir bem público ou privado”. “Invadir bem público ou privado” não existe em nenhum lugar, eu até gostaria de saber como é que a comissão de juristas, os responsáveis da Comissão chegaram ao verbo invadir, me causa curiosidade, pois mesmo em legislações que são duríssimas, como a da Espanha, em nenhum momento faz-se alusão a invadir bem público ou privado, isso é uma coisa brasileira. Já começamos a ficar desconfiados, pois sempre que se fala em invasão de bem público ou privado aqui estamos tocando em assunto polêmico. Sabemos que a defesa do latifúndio é uma das grandes questões políticas não resolvidas no Brasil.

Mas mesmo assim, não só em relação ao termo “invadir”, mas também a qualificação que se dá ao “bem público ou privado”. Quando examinamos toda a legislação que existe sobre terrorismo, percebemos que o dano à propriedade é visto de uma maneira qualificada pelo seus usos estratégicos. Por exemplo, a ONU fala o tempo todo sobre instalações públicas e privadas ou locais de uso público do povo, ou, como em várias convenções específicas, para proteger aeroportos, plataformas marítimas, plataformas de petróleo, sempre há uma função estratégica ligada a esse bem. Eu não estou justificando aqui a necessidade de existência do

crime de terrorismo; estou dizendo que mesmo quando existe essa previsão, a ofensa à propriedade é vista de uma forma qualificada, pelo papel que essa propriedade exerce. E, no Brasil, para variar, o “bem público ou privado” surge sem nenhum tipo de consideração em relação a essa qualificação, a chamada função social da propriedade.

Mesmo quando o projeto fala da proteção ao sistema de informática, aos bancos de dados que é algo que faz parte da mudança a respeito da qual eu falei no início. De acordo com ela, é muito importante a proteção da rede porque a economia hoje passa pela rede. Eu me lembro de Foucault, que falava desse deslocamento do sistema de punição baseado no suplício para aquele sistema baseado na disciplina, ele dizia: “Houve uma mudança fundamental no regime de propriedade nesse momento, os ilegalismos eram relacionados à propriedade, e era fundamental proteger a propriedade privada. Por exemplo, coisas móveis que estão estocadas em algum armazém ou indústria. É fundamental fazer alguma vigilância sobre essa propriedade”.

E hoje, nós temos a propriedade imaterial circulando o tempo todo pela rede, gerando valor, e há a necessidade de proteger esse ambiente de rede.

Então, o crime de ciberterrorismo atinge em cheio alguns movimentos fundamentais; são movimentos que acontecem hoje na internet contra os códigos fechados, contra os *softwares* fechados, contra o regime de propriedade que nos amarra completamente. Que acabam, até mesmo com a liberdade na rede, com o compartilhamento de informações, ideias e conteúdo. Enfim, a gente vai também falar um pouco sobre isso, mas enxergamos também o terrorismo na mera interferência no sistema de informática e banco de dados.

Fico pensando no que vai acontecer com o Anonymmus, por exemplo, que trabalha dentro dessa linha da luta dentro da rede com essa qualificação de ciberterrorismo.

No paragrafo 4º, vê-se a cópia de alguns verbos que também existem nas convenções, mas que o legislador brasileiro dispõe: sabotar o funcionamento ou apoderar-se com grave ameaça ou violência contra a pessoa do controle total ou parcial de, aí vem um monte de coisas, comunicação, transporte, posse, aeroportos e por aí vai. Apoderar-se, o famoso

poder físico sobre a coisa, isso nos lembra a posse na teoria subjetiva, a chamada teoria subjetiva de Savigny. Uma das questões mais importantes era o poder físico sobre a coisa, e mais uma vez nós optamos não por um dano sério, como diz a ONU, mas por um simples exercício da posse, um apoderar-se dentro dessa linha que até hoje é minoritária, da teoria subjetiva. Mas, enfim, mais um exemplo de como anda mal a reforma.

Então, chegamos, com todas essas desconfiças, ao que diz o paragrafo 7º: “não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas com propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados com sua finalidade”.

Todo mundo diz que esse paragrafo 7º é a exclusão dos movimentos sociais. Uma leitura atenta mostra que a exclusão, na verdade, é uma inclusão. Não precisa ser um filósofo do Direito para ler alguns autores e saber que a exceção não está fora do direito, mas está na chamada “suspensão”. Nesse caso, até inclui, diretamente a exceção tem um propósito bem específico. Permitam-me colocar a *contrario sensu* que fica bem claro isso: “constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas pelos propósitos sociais ou reivindicatórios no caso em que os objetivos e meios sejam incompatíveis ou inadequados com sua finalidade”.

Então, isso é uma inclusão. É só ler-se a *contrario sensu*, se os meio forem incompatíveis ou inadequados, então o movimento social pode ser terrorista, é o que está dizendo esse parágrafo. E como vai ser aferir a questão da proporcionalidade dos meios é algo extremamente aberto. O que é um meio proporcional adequado, um instrumento adequado. Então, fala-se que o garantismo tem que ter uma função fundamental nisso; alguns juizes que já querem, eu vou mostrar alguns exemplos, considerar os movimentos sociais como terroristas.

Mas o próprio projeto mostrará muito bem a sua visão. No artigo 162, aumenta-se a pena de esbulho possessório; aliás, perdeu-se uma oportunidade imensa de tratar o tema de forma diferente, pois não se faz nenhuma consideração com relação à função social da propriedade, da posse, não se faz nenhuma consideração especial nos moldes do que hoje se verifica na teoria da função social da posse, em que se diz que nem há como manusear os interditos proibitórios sem encarar a função social.

E há a tutela penal do conflito fundiário, que eu acho absurda, acho que devemos caminhar para outro tipo de tutela. Há inclusive um projeto de reforma do Código de Processo Civil para alterar o artigo 927, para mexer nos conflitos fundiários e evitar a visão repressiva, de forma criminal, em relação ao esbulho possessório.

Vamos voltar, o projeto aumenta a pena para dois anos e a justifica da seguinte forma: “esses crimes formam mantidos inclusive com o aumento de pena na figura do esbulho possessório no escopo de não sugerir que as disputas sobre posse e propriedade sejam resolvidas por meios clandestinos ou violentos”. Ele mesmo diz que não é o meio adequado para resolver os conflitos fundiários ou esbulho possessório seja lá o que for isso, já que também não existe nenhuma vinculação à nenhuma teoria da função social.

Portanto, o próprio código já mostra sua visão, a meu ver, sobre essa questão e nós vamos ter muitos problemas se esse código for aprovado, em razão dessa perspectiva de exclusão que inclui mas não exclui.

E, por outro lado, há um histórico de pesquisas que mostram um vocabulário eminentemente persecutório com relação aos movimentos sociais. Há um artigo da Professora Vera, de 1999, sobre “A criminalização do MST” trazendo essa discussão.

Porém, em uma coincidência que seria até boa para mim, porque comprova o que estou dizendo, mas não é boa politicamente, hoje eu recebi a notícia de que uma sentença foi divulgada na rede de advogados populares. Uma sentença sobre reintegração de posse do MST. Desculpem, mas terei que ler no meu celular porque acabou de chegar: “numa oposição sistemática contra a propriedade e amparada pela vista permissiva do governo federal (nem sei se é tão permissiva assim), cujo partido pariu e fomentou suas estripulias éticas durante os anos do governo FHC, o movimento a que pertence o réu conjugou com sucesso métodos de guerrilha a ataques de organizações terroristas; a propriedade, direito natural por excelência, deve atender a sua função social, atributo reconhecido desde 1988. Entretanto, num retrospecto histórico de direito da propriedade, podemos perceber várias nuances, que vão desde a concepção liberal até a posição de Proudhon, para qual a propriedade é um roubo, sustentáculo teórico do desenvolvimento a respeito do assunto de várias correntes socialistas sobretudo Marxistas. O movimento a que pertence o réu confere

bem o tom revolucionário, o qual, de nítida colaboração Bolchevista, que por si só é suficiente para demonstrar a injustiça da ameaça de moléstia.” E seguem outras coisas, que o movimento financia assentamentos, parte-se para um amplo campo semântico de comparação de movimento social e atos terroristas. Essa decisão foi divulgada hoje, não estou aqui falando que talvez ou uma vez ou outra aconteça isso. Eu recentemente fui advogado de um caso que era do movimento de sem teto em que um militante foi preso por resistência foi sentenciado. O Ministério Público o denunciou por resistência, mas, no final da sentença, o juiz aplicou o artigo 40 do CPP, solicitando a extração de peças para apurar [aí diz: por se tratar de uma suposta organização criminosa, isso é no movimento do sem teto], para extrair peças para apurar crimes de cárcere privado, esbulho possessório, dano e tudo mais. Mas qualificando o movimento social como organização criminosa, isso foi mês passado. Nós não temos muito tempo para pesquisar, mas talvez uma vez por semana tenhamos decisões assim.

E a terceira questão, sobre a questão dos movimentos. A primeira foi como aferir a proporcionalidade; o próprio código mostra a sua visão de que pode haver problemas; a segunda, é o histórico de decisões que todo dia recebemos, comparando a atividade e o movimento social ao terrorismo. A terceira, ainda é mais problemática, é como qualificar esses novos movimentos. Há quem o chame de novíssimos movimentos, da rede, da internet, o chamado *hacker* ativismo, nós consideramos isso um movimento social tradicional, pois ele não é centralizado, não tem uma estrutura, não tem uma organização, ele é simplesmente difuso, como a rede é difusa. Os ativistas às vezes são adolescentes, são jovens que se conectam e não se apresentam publicamente como um movimento social, mas mobilizam socialmente a rede; nós os reconhecemos como movimento social para excluir ou simplesmente qualquer tipo de ato considerado ciberterrorismo já vai ser logo considerado com relação à atividade desses novos movimentos sociais. Essa é a terceira preocupação.

Só queria, para reforçar o argumento, trazer uma definição dos autores que tentam classificar o crime de terrorismo, os que ainda fazem esse esforço intelectual, como por exemplo, Luiz Regis Prado. Ele tenta diferenciar o crime político do terrorismo, ele fala: “ainda que da utilização de meios fortemente destrutivos resulte a aniquilação ou desestabilização do sistema político social vigente, o terrorismo não se confunde com o delito político nem pode ser a ele equiparado, isso porque o delito terrorista

revela tal crueldade, sobretudo na seleção dos meios executórios e na forma de utilização”. Mesmo que o projeto do novo código quisesse se ater à doutrina que existe sobre o tema - esse artigo é facilmente encontrado - não poderia de forma alguma prever simplesmente invasão de propriedade ou interferência nos sistemas de informática, de dados, como crime de terrorismo, como acontece hoje na tentativa de definição da ONU.

Com relação à questão da pena, vejam bem, a Lei de Segurança Nacional para esse mesmo tipo de conduta – existem condutas parecidas, elas até falam em atos terroristas, mas sem classificações – traz uma pena de três a dez anos. A Lei de Segurança Nacional em nenhum momento fala em invasão de bem público ou privado; ela fala em devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, não fala em invasão de bem público ou privado. Fala na pena de três a dez anos. A pena pelo nosso Código vai ser de oito a quinze anos podendo ser ampliada.

Também tem uma lei de 1952, que diferencia a pena entre os “cabeças” e os meros participantes do movimento. Ela também, em nenhum momento, fala de invasão, estabelece, também a pena de três a oito anos aos “cabeças” e de dois a seis anos aos demais agentes. “Cabeças” é o termo que a própria lei usava.

Houve uma exasperação no aumento dessa pena, com relação ao crime de terrorismo, no projeto do novo código penal.

Até em homenagem a essas grandes figuras que existem na internet, na rede, eu conversei recentemente com o Professor de Comunicação da UFRJ, Ricardo Antoun, que está escrevendo sobre o *hacker* ativismo. Ele me disse: “Alexandre, se não fosse o *hacker* ativismo, nós teríamos uma internet militar e absolutamente fechada dentro da economia capitalista”, ou seja, não teríamos essa esfera de liberdade de trocar e compartilhar. Se não fossem esses caras, desde os anos 1980, nesse trabalho ininterrupto, diário, nós teríamos uma internet militar ou totalmente mercadológica. Espero que ele lance logo esse livro para sabermos mais sobre o assunto.

Eu vou terminar citando exatamente um pronunciamento de um *hacker* que foi condenado nos anos 1980 nos Estados Unidos. Ele era chamado de *The Mentor*, e dizia o seguinte: “Nós fazemos uso sem pagar de um serviço que poderia ser acessível e barato se não fosse dominado por aproveitadores e glúões do lucro e vocês nos chamam de criminosos.

Nós investigamos e vocês nos chamam de criminosos. Nós corremos atrás de conhecimento e vocês nos chamam de criminosos. Nós existimos sem cor, sem nacionalidade, sem religião e vocês nos chamam de criminosos. Vocês constroem bombas atômicas. Vocês fazem guerra. Vocês matam. Vocês trapaceiam. Vocês mentem para nós e tentam nos fazer crer que é para nosso bem. E mesmo assim nós somos criminosos. Sim, eu sou um criminoso. Meu crime é a curiosidade. Meu crime é julgar as pessoas pelo que elas falam e pensam e não por suas aparências. Meu crime é ser mais inteligente que você. Saber seus segredos, algo pelo qual vocês nunca me perdoarão. Eu sou um *hacker* e esse é meu manifesto.”

Obrigado! ❖

A Reforma das Medidas de Segurança

Prof^ª. Maria Lúcia Karam

Juíza de Direito (aposentada) do TJERJ.

Muito obrigada pelo convite. É sempre um prazer estar aqui na Escola da Magistratura. O projeto de reforma do Código Penal brasileiro apresentado pela comissão de juristas formada pelo Senado Federal, com tramitação já iniciada naquela casa legislativa (Projeto de Lei do Senado 236 de 2012), conserva a vigente previsão da imposição de medidas de segurança de internação ou tratamento ambulatorial a portadores de enfermidades mentais que se revelem inimputáveis autores de condutas penalmente ilícitas.

Tais medidas, denominadas no projeto “internação compulsória em estabelecimento adequado” ou “sujeição a tratamento ambulatorial” – este último podendo, em qualquer fase, ser convertido em internação “se essa providência for necessária para fins curativos” –, são apresentadas pela comissão, em seus comentários à sua conservadora proposta, como “providência de defesa social aplicada àqueles que tiveram sua inimputabilidade reconhecida em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto.”

Única novidade relevante na proposta disciplinar das medidas de segurança (artigos 95 a 98 do projeto), como destacam os próprios comentários da comissão, é a introdução de limites temporais para sua duração máxima; limites esses que, no entanto, podem acabar se desfazendo em uma admitida perpetuidade.

Assim é que as regras dos §§ 1º a 3º do proposto artigo 96 estabelecem que, cumprido o prazo mínimo de um a três anos, a medida de segurança perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, desde que não ultrapasse o limite máximo da pena cominada ao fato criminoso praticado, ou o prazo de trinta anos, quando se tratar de condutas praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo. Atingido

esse limite máximo – e, nesse ponto, vale ter presente que, em se tratando de um culpável imputável, raramente teria este ficado privado de sua liberdade por tanto tempo, sendo, felizmente, incomum a imposição da pena em seu limite máximo –, ainda poderá o Ministério Público ou o responsável legal pelo inculpável inimputável requerer, no juízo cível, o prosseguimento da internação.

Diante de quadros como o vigente e como esse agora proposto, fica fácil compreender por que psiquiatras, juristas e outros integrantes da luta antimanicomial vêm questionando a inimputabilidade e reivindicando o reconhecimento de responsabilidade penal dos portadores de enfermidades mentais, propugnando que a justiça os trate como os demais réus em processos penais.

Parece-me, no entanto, que outro deva ser o enfoque quando se está diante de portadores de enfermidades mentais que efetivamente afetem sua capacidade psíquica de entender o caráter penalmente ilícito da conduta praticada e/ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Naturalmente, a inimputabilidade não pode ser uma mecânica e automática decorrência da presença de uma enfermidade mental. Nem todas as enfermidades mentais implicam capacidade psíquica de entender e querer, ou mesmo sua redução. O reconhecimento de tal incapacidade psíquica depende de investigação das dinâmicas psicológicas, da avaliação do contexto de vida e história social do indivíduo, de modo a se verificar se, no caso concreto, tinha ele ou não a possibilidade de entender o valor e o significado da sua conduta, a possibilidade de avaliar suas consequências, bem como a possibilidade de livremente controlar suas próprias pulsões.

Concretamente verificada, porém, essa impossibilidade – e, assim, a incapacidade psíquica –, estará efetivamente configurada a inimputabilidade a impedir o reconhecimento da prática de crime diante da inviabilidade de afirmação da culpabilidade, a naturalmente impedir qualquer juízo de reprovação e, conseqüentemente, qualquer forma direta ou indireta de punição.

Com efeito, é o inafastável princípio da culpabilidade que deve se fazer sempre presente e dar o tom neste debate sobre a lei vigente e a similar proposta conservadora da previsão de imposição das medidas de

segurança de internação ou tratamento ambulatorial aos portadores de enfermidades mentais que se revelem inimputáveis autores de condutas penalmente ilícitas.

Neste ponto, cabem algumas observações sobre o princípio da culpabilidade. Vou repetir aqui coisas que certamente são óbvias, mas o estágio atual de aplicação do Direito Penal e do Processo Penal está a exigir a repetição de obviedades. O que temos visto na aplicação do direito, vindo do mais alto tribunal do país, está a exigir a repetição de noções óbvias. Sendo assim, vou tratar um pouco dessas óbvias considerações sobre o princípio da culpabilidade.

O princípio que estabelece a culpabilidade como elemento indispensável ao juízo de reprovação que poderá recair sobre o autor de uma conduta penalmente ilícita, dando, ao mesmo tempo, a medida da reprovação possível, delimita a intervenção do poder do Estado de punir na esfera de liberdade do indivíduo.

Dizendo respeito à capacidade de escolha – isto é, à autodeterminação do indivíduo – o princípio da culpabilidade mostra-se inseparável do reconhecimento de sua dignidade. Sua função garantidora integra-se aos princípios limitadores do poder punitivo, gerados pela função maior do ordenamento jurídico, no Estado Democrático, de proteção à dignidade do indivíduo.

Derivando do reconhecimento da capacidade de escolha do indivíduo, o princípio da culpabilidade condiciona o exercício do poder do Estado de punir à demonstração da possibilidade exigível de motivação pela regra criminalizadora do autor da conduta penalmente ilícita (o injusto penal) concretamente realizada. Assim, além de impedir a reprovação pela mera causação de um resultado lesivo, o princípio da culpabilidade impede qualquer reprovação por uma escolha que a pessoa não pôde fazer ou que a reprove quando não pôde exercitar sua capacidade de escolha, sempre considerada tal escolha tão somente em relação à conduta ilícita concretamente realizada.

A medida da culpabilidade é dada exatamente pela revelação de um maior ou menor âmbito de autodeterminação da pessoa na realização da conduta considerada, a estabelecer a maior ou menor possibilidade de se lhe exigir que, no caso concreto, escolhesse outro comportamento ajustado ao que determinam as leis criminalizadoras.

É por isto que, para o reconhecimento da prática de um crime, não basta a realização de uma conduta definida em um dispositivo legal criminalizador, significativamente ofensiva de um bem jurídico individualizável e não permitida pela ordem jurídica (a conduta penalmente ilícita ou o injusto penal). É ainda indispensável que, nas circunstâncias em que concretamente realizada aquela conduta penalmente ilícita, pudesse seu autor ter agido de outra forma, neste enunciado se contendo a tradicional e sempre válida concepção da culpabilidade como exigibilidade.

Para que o Estado possa exigir este outro comportamento, faz-se necessário, antes de tudo, que o indivíduo efetivamente tivesse capacidade psíquica de compreensão e/ou de autodeterminação em relação ao caráter ilícito da sua conduta. A incapacidade psíquica, que configura a inimputabilidade, necessariamente afasta a culpabilidade e, consequentemente, a existência do crime.

Assim como ninguém pode ser reprovado só pelo fato de seu comportamento ter causado um resultado objetivamente danoso, uma lesão ou um perigo concreto de lesão para o bem jurídico, também não poderá existir qualquer reprovação se o indivíduo não tinha capacidade psíquica de compreensão do valor ou desvalor de seus atos, ou não tinha condições de livre e tranquilamente escolher entre o comportamento proibido ou outro comportamento ajustado ao que determinam as leis criminalizadoras.

São, portanto, frontalmente violadoras do princípio da culpabilidade – e, assim, das normas garantidoras da dignidade do indivíduo, inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, como a Constituição Federal brasileira – leis que, como o Código Penal brasileiro, vigente e/ou proposto, embora reconhecendo a ausência de culpabilidade e, assim, a inexistência de crime nas condutas daqueles que se revelam inimputáveis, paradoxalmente, insistem em alcançá-los, ao impor, como consequência da realização da conduta penalmente ilícita, as chamadas medidas de segurança, sob o pretexto de uma suposta “defesa social” e com base em uma alegada “periculosidade” atribuída a seus inculpáveis autores.

Neste ponto se revela, em toda sua intensidade, a relação entre os denominados saberes “psi” e o sistema penal, historicamente marcada por uma trágica aliança reforçadora dos danos, das dores e enganos que

sustentam as nocivas ideias de punição, privação da liberdade, estigmatização e exclusão como suposta forma de controle dos comportamentos negativos ou indesejáveis etiquetados como “crimes”. A dimensão dessa aliança nitidamente aparece na simetria existente entre o manicômio e a prisão, instituições totais de controle, que têm sua origem comum nos séculos XVIII e XIX.

A ideia de “periculosidade” não se traduz por qualquer dado objetivo. Ninguém pode concretamente demonstrar que A ou B, psiquicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro. Já por isso, tal ideia se mostra incompatível com a precisão que o princípio da legalidade exige na elaboração da lei, especialmente em matéria penal (a taxatividade ou mandado de certeza). A suposta “periculosidade” do inimputável não tem qualquer base científica; é uma vazia presunção; não passa de uma ficção fundada no preconceito ou na credence que identifica o “louco” – ou quem quer que apareça como “diferente” – como “perigoso”.

Na realidade, as medidas de segurança para inimputáveis são formas mal disfarçadas de pena. Quando se considera a conduta penalmente ilícita como um diferencial entre portadores de enfermidades mentais, submetendo-se os que são apontados como inimputáveis autores daquela conduta à intervenção do sistema penal, o que se está efetivamente fazendo é passar por cima do princípio da culpabilidade, para, assim, impor-lhes uma indevida punição pela prática daquela conduta.

Essa indevida punição, conduzindo ao tratamento médico obrigatório, ainda induz o profissional da saúde a se transformar em um delator, que informa ao órgão do Poder Judiciário sobre comportamentos reservados de seus pacientes, assim claramente violando o sigilo profissional garantidor da intimidade e da vida privada. A natureza obrigatória do tratamento e sua integração ao sistema penal implicam um controle do juízo criminal sobre o indivíduo a quem o tratamento foi imposto; controle que é feito exatamente a partir de informações prestadas pelos próprios encarregados do tratamento.

O tratamento de qualquer transtorno mental não é compatível com o caráter punitivo, que está indissolavelmente ligado à sua determinação por parte de órgãos da justiça criminal. Não bastasse o comprometimento do tratamento – como esperar que um paciente confie e se abra com um terapeuta, que age, ao mesmo tempo, como uma espécie de informante? –,

sua integração ao sistema penal implica o rompimento com a ética que deve presidir as relações entre terapeuta e paciente.

Baseando-se na confiança e no sigilo, voltados para a proteção do paciente, esta ética é necessariamente violada, quando o profissional da saúde, encarregado do tratamento, violando a intimidade daquele que está sendo tratado, violando o dever de sigilo inerente à sua profissão, relata – ou, talvez seja mais apropriado dizer, delata –, para um órgão de controle, comportamentos do paciente, que poderão atuar contra ele, piorando sua situação jurídica.

O dever do profissional da saúde sempre há de ser a saúde de seus pacientes e não os interesses do sistema penal ou de uma pretensa “defesa social”; suas avaliações deverão se basear nas necessidades dos pacientes, prevalecendo sobre qualquer outra questão não médica.

No campo dos transtornos mentais, não pode haver espaço para qualquer intervenção do sistema penal. Único efeito do eventual reconhecimento da inimputabilidade, e conseqüentemente da inexistência de crime por ausência de culpabilidade, há de ser pura e simplesmente a proclamação da absolvição do réu, aí se esgotando a atuação do juízo criminal.

Medidas de segurança não estão a requerer reformas. Medidas de segurança devem ser pura e simplesmente abolidas.

No campo dos transtornos mentais, a atuação do Poder Judiciário, em sua função maior de garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo, há de se dar no juízo cível, destinando-se unicamente a controlar a legalidade de eventuais restrições à prática de atos da vida civil, como em hipóteses de pedidos de interdição (artigo 1767 e seguintes do Código Civil) e/ou de tratamentos compulsórios, requeridos por familiares, pelo Ministério Público, ou determinados por profissionais da saúde, observados os limites dados pela Lei 10216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Enfim, essas eram as rápidas considerações que gostaria de trazer sobre este tema, reafirmando que, em matéria de medidas de segurança, não há o que reformar. Não podemos nos satisfazer com o mero estabele-

cimento de um limite máximo para a duração das medidas de segurança, proposto pela comissão formada para a pretendida reforma do Código Penal como se fosse uma mudança significativa.

Única mudança significativa e imperativa é pura e simplesmente, como antes mencionei, a abolição das medidas de segurança, assim se garantindo o respeito ao princípio da culpabilidade e a preservação de um mínimo de lógica na construção e aplicação das leis penais.

É inacreditável que, nesses anos todos, tenhamos convivido com a previsão e aplicação das medidas de segurança. É inacreditável que, diante de um projetado novo Código Penal, continuemos a conviver com a ilógica e irracional proposta de se reconhecer a inexistência de crime pela constatação da inimputabilidade, para, paradoxalmente, em uma suposta sentença absolutória, impor-se uma medida punitiva.

O sistema penal é sempre pleno de irracionalidades e ilogicidades. Mas, é nesse campo das medidas de segurança que parece estar a maior das irracionalidades e das ilogicidades, cegamente repetida, nesses anos todos, por nós profissionais do direito, reconhecendo a inexistência de um crime e, ao mesmo tempo, aplicando uma medida punitiva.

É mais do que tempo, portanto, de pura e simplesmente se pôr fim a qualquer medida de segurança. Muito obrigada!❖

Execução Penal e PLS-236

Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter

Professor de Direito Penal e Criminologia (graduação e pós-graduação). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Pesquisador do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná com estágio de pesquisa doutoral na Hamburg Universität. Advogado Criminalista.

Muito obrigado, Des. Nildson, pela tão gentil apresentação e pelo convite da Escola da Magistratura; neste auditório fiz a minha primeira exposição acadêmica, quando era nada além de um recém-ingresso na pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Estar aqui, novamente, só pode mesmo ser fruto da generosidade do Des. Paulo Baldez e do Prof. Juarez Tavares, que é o grande coordenador científico deste evento; é tudo por sua causa e por sua conta.

Muito obrigado, portanto, pelo convite, que muito me honra. E quero agradecer também a companhia na mesa do Prof. Alexandre Mendes, que me apresentou um inédito *Manifesto hackeracionista*; porque de manifestos eu gosto, e conheço. É por estes caminhos que descubro outros interessados em assuntos que também pesquiso, como a temática do terrorismo. Minha aproximação, entretanto, se deu por meio da intermediação de Noam Chomsky, que apresenta uma perspectiva *lexicológica* do tema, a denunciar a distinção entre quem é ou não é terrorista como uma questão de poder, ou seja, a partir da possibilidade de constituição de discursos punitivos. Seu exemplo, logo ao início de um de seus textos mais célebres, funda a distinção entre pirata e imperador como simples diferença na quantidade de barcos que cada um possui: você é imperador porque tem vários barcos, ao passo que eu sou pirata porque tenho um só. Evidentemente, há muito mais para pensar sobre o tema, mas desde já parece impossível seguir em questões tão densas sem observar, na base, estas contradições fundamentais, que desvelam de plano toda a ideologia subjacente.

Quero agradecer também a honra de poder compartilhar a mesa com a Professora Maria Lúcia Karam, a provar que estou aqui por pura liberalidade, tamanha a distância acadêmica que nos separa. Somente aumenta a admiração que lhe tenho, ao ouvi-la dizer com coragem certas *coisas óbvias* em favor da democracia material, *coisas óbvias* que precisavam ser ditas até que sejam ouvidas. Aproveitando a linha de sua exposição, a verdade é que eu encerraria minha palestra tratando de medidas de segurança, mas antecipo para permanecer na mesma temática e assim tentar confundir minha exposição com sua erudição.

Primeiro, manifesto-me desde já solidário contra a própria ideia de *doença mental*, que não é algo que exista empiricamente, mas é antes uma brutal metáfora de medicalização de problemas reais de comportamento; chama-se de *doença* o que não é *patologia* de células, tecidos ou órgãos por falta de palavra melhor. Para piorar, quando se fala em *doença mental* isso sempre implica trazer para a odiosa área das *medidas de segurança* uma estranha perspectiva médica – sobretudo psiquiátrica, compromissada com a grande indústria farmacêutica – o que produz uma miséria humana inaceitável. Afinal, como o livro do Prof. Thomas Szasz nos ensina, *tratamento compulsório* não existe: da mesma forma que *sexo forçado* não é *sexo*, mas *estupro*; que *trabalho forçado* não é *trabalho*, mas *escravidão*, *tratamento forçado* não é *tratamento*, mas *pena*. Não há espaço para ética médica aqui; que médico vai se dispor a *tratar* alguém que não quer ser *tratado*? Isso é coisa de carcereiro, não de terapeuta. Afinal, como diria o Professor Agostinho Ramalho, quem me salva da bondade dos bons? Estamos no mesmo “Deus me salve dos meus amigos, porque dos inimigos cuido eu”. Tivemos já a pior experiência da civilização ocidental no que se refere ao *tratamento* de *doentes mentais* na Alemanha nazista, mas são estas obviedades que o poder se recusa a aprender; aprender; afinal, de uma vez por todas, que estas questões não são problema de Direito Penal, que no Estado Democrático de Direito é o regido pelo princípio da culpabilidade, absolutamente incompatível com a noção de *perigosidade*.

Na dimensão dos inimputáveis, se a sociedade brasileira observou como o Estatuto da Criança e do Adolescente conseguiu melhorar em termos humanitários – ainda que, infelizmente, por vezes apenas na dimensão formal – a disciplina em relação à criança e ao adolescente em

conflito com a lei, por que em relação aos portadores de graves distúrbios psíquicos e comportamentais é tão difícil avançar no mesmo sentido? É urgente acabar com essa história de *perigosidade* que tanto faz mal ao Direito Penal, mas a Comissão que elaborou o PLS-236 desprezou qualquer avanço aqui: *loucos* devem ser eles, ao negar repercussão legislativa a tão evidente sofrimento social.

Mas não há nada que não possa piorar. De fato, a recente opção pela *burocratização* das tais *doenças mentais* consegue ser ainda pior. Hoje nos Estados Unidos, a Criminologia crítica observa assustada a *des-subjetivação* da *perigosidade*, agora convertida em infalível *perigosidade objetiva*, fundada a partir de mecânico cálculo do *risco atuarial* de *delinquência* individual. Resgata-se, com isso, aquela possibilidade inaugurada no Direito Penal conforme o modelo neoclássico de imputação de responsabilidade penal, de conciliar a pena com a medida de segurança, propondo-se o confinamento civil daqueles que já cumpriram suas penas como forma de redução do risco individual de reincidência. Como se vê, sem saber, a Comissão encarregada de elaborar o Projeto de Lei que postula ser o novo Código Penal brasileiro logrou a façanha de importar – sem sabê-lo – a mais recente e grotesca tendência *gerencialista* no controle social ianque, firme em sua Política Criminal de erradicação da *underclass* e dos demais *parasitas sociais*, como são chamados os novos membros das atuais *classes perigosas*.

Mas, chega. A Professora Karam já havia dado conta desta realidade abjeta. Vou, portanto, dar conta da outra e mais genérica: vou tratar de execução penal.

Tema *maldito* este, e por isso não espanta que ninguém queira falar de execução penal, de envolver-se em seu lodo.

Por que lodo da execução penal? Porque a *engenharia do castigo* é e será sempre contrária à *ética do perdão*, que se estrutura sobre a alteridade, o reconhecimento do outro. Não, certamente não é disso que trata a Execução Penal, lugar preferencial para a *negação do outro*. Pensar como e quanto deve sofrer alguém, ora isso nunca vai dignificar o ser humano. Mas os penalistas precisam, por responsabilidade, envolver-se em questões como essa. Seria de se esperar, portanto, que o fizessem com a máxima responsabilidade, ao elaborar um programa *pós-moderno* para

o castigo. Que nada. O Projeto é, neste ponto – mas dizem meus colegas que também nos demais – pior do que o pior pesadelo da *modernidade*.

Antes de denunciar todos estes pontos, tão ruins, seria de especular os motivos desta insistência no anacronismo pedestre da pena. Talvez, um deles, tenha sido a composição bastante homogênea da Comissão, formada por pessoas que não têm uma história acadêmica de destaque ou mesmo algum contato transdisciplinar. A homogeneidade sempre é um risco, porque a falta de heterogeneidade imobiliza, castra diversas possibilidades de inovação, que não aparecem no marasmo das velhas ideias. Acompanhados de uma classe política que não deixa de surpreender por sua incompetência e imoralidade, os membros da Comissão mostraram-se também, como comprova a experiência de boa parte dos presentes, frequentemente arrogantes no momento de incorporar sugestões que salvariam a aposta carcerária do terrível senso de ridículo que agora lhes sobrevém.

Que o Projeto circule sob a alcunha de “Projeto Sarney” deveria ser um aviso suficiente. Por certo, ao ouvir este sobrenome, estaríamos legitimados a supor, desde já, que o Projeto seria conservador. Mas não, o Projeto consegue ser reacionário.

Então, desde já, enfatizo que não há apologia ao projeto que contorne sua mediocridade ou que o torne viável no Estado Democrático de Direito. Até porque, o que dele poderia se salvar, dificilmente seria aprovado por um Congresso colonizado pelos mais fiéis adeptos do retrocesso civilizatório. Portanto, toda crítica aqui exposta é radical; o Projeto não deve passar, pelo bem da democracia que nos resta. Só digo isso porque pretendo evitar, tratando-se de um discurso oral, que por eventualmente avançar em aspectos mais técnicos, isto é, ao tratar das especificidades do Projeto, minhas palavras possam soar como alguma forma de colaboração indireta. Ou seja, se você critica pontos do projeto a impressão que pode passar é que ele tem conserto. Mas, que fique claro, não tem conserto. E também não quero parecer exagerado, não sou adepto da *escatologia*. É que o Projeto é mesmo muito, muito ruim. E em matéria de pena privativa de liberdade, medievalmente ruim.

Quando pensamos que a tarefa da Comissão era de compatibilizar o reformado Código de 40 com a Constituição de 1988, seria legítimo supor que isso redundaria na readequação da criminalização primária, in-

clusive – ou especialmente – a relativa à execução da pena, conformando o projeto penitenciário ao conjunto de garantias individuais que o texto constitucional prevê. Em suma, o resultado deveria ter sido o de um Direito Penal mínimo, com poucos crimes, penas mais brandas, formas de censura não encarceradoras etc.

Nada disso. Preferiram solenemente ignorar mais de cem anos de documentada pesquisa criminológica, e insistiram no *isomorfismo reformista* do cárcere. Sem querer saber das determinações do crime – isto é, dos processos de criminalização – não tinham mesmo como elaborar uma Política Criminal – no sentido de conjunto de estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade – inteligente, racional e preferencialmente não-violenta. Resta-nos supor que o deliberado desprezo pela *jurisprudência superior* produzido pela ciência é antes fruto da ingenuidade, porque a alternativa seria o cinismo. Nada de espantar, já que não raro das melhores intenções se pavimentam as vias rápidas do inferno.

Estas vias nos levam aos artigos 45 a 70, no que se refere à Execução Penal. Vejamos o horizonte que projetam.

Primeiro, o PLS-236 acaba com a distinção entre reclusão e detenção alegando que a diferenciação é desnecessária. Ora, ao acabar com a distinção entre reclusão e detenção, eles estão afirmando o regime de execução de pena privativa de liberdade como o centro de gravidade da Política Penal brasileira; a distinção tem uma razão de ser, de afirmar a menor censurabilidade de certos fatos, que autorizam medidas desde já não absolutamente cruéis para fins de incapacitação pessoal. Este, todavia, é o menor dos problemas. A grande questão é a disciplina da pena, como exponho a seguir.

Segundo, a previsão de pena é, no mais, exatamente igual à que temos hoje com uma terrível exceção, que é a inclusão da perda de bens e valores, que, de certa maneira, restitui materialmente o confisco, que já não estava mais em uso, felizmente, embora previsto na Constituição – que não é de todo democrática.

De toda sorte, o modelo de execução de pena que eles privilegiam é uma combinação estranha à qual o Brasil adere entusiasticamente. É meio sistema de Auburn, meio sistema Filadélfia, mistura que não se digere

porque não há como combinar a aposta no isolamento celular com essa disciplina de ressocialização pelo trabalho, ou seja, mantemos o sistema de permanente vigilância e contenção individual e aposta no trabalho como salvação do sujeito, em nova tautologia destrutiva. Esta aposta no centenário fracasso da pena para reforma é tão revoltante para um criminólogo, que eles se recusam a responder, de bom grado, ao menos, à pergunta sobre os fins reais da pena criminal; bastaria, nada mais, apontar para aquela pilha de livros que, desde muito antes da década de 70, não cansa de repetir a falência da instituição carcerária e do discurso construído para encobrir suas contradições fundamentais. Daí porque, a todo instante, de maneira explícita ou implícita, a fundamentação do Projeto aposte em uma tradição cultural. É isso que permeia o texto, afirmando que o código tem por base uma tradição cultural, mas o Brasil não precisa disso em termos de pena. A nossa tradição cultural em termos de pena é culturalmente horrível, na nossa memória punitiva está a pena de açoite, galés e morte para os escravos, o degredo, o banimento, a pena de trabalhos forçados etc. Nossa tradição cultural é em matéria de Execução Penal uma porcaria, nossa cultura punitivista é muito forte. Não precisamos de tradição cultural aqui. Em matéria de pena, ainda reclamamos um processo civilizatório.

Outro sintoma da burrice na aposta da pena – evidência de que ninguém na Comissão chegou perto daquela literatura fundamental que se espera de alguém alfabetizado em Ciências Criminais – está no condicionamento excessivo de etapas de passagem, afirmando novamente a ressocialização como um objetivo da prisão. Ora, é simplesmente muita ignorância querer ressocializar pela prisão: onde, exatamente, deu certo esse projeto, em qualquer lugar do mundo? Como se ressocializa uma pessoa tirando-a da sociedade? Como se ressocializa alguém mediante prisionalização?

O fato é que é tão óbvio que a prisão não ressocializa ninguém que até nos Estados Unidos, da década de 70 em diante, tanto a direita quanto a esquerda chegaram ao consenso de parar com essa bobagem, e pararam com esse discurso, cuja prática era absolutamente insustentável. Em todo caso, na América do Norte, eles trocaram a ideia de ressocialização pela ideia de pura neutralização e passaram – de procurar a culpabilidade – a procurar uma perigosidade objetiva definida pelo risco atuarial do sujeito. Não é, evidentemente, o que proporia qualquer ser humano com

consideração pela existência de outro. O que quero ressaltar, apenas, é que até os precursores dos sistemas de Auburn e Filadélfia já chegaram ao consenso de que a prisão não ressocializa ninguém, diversificando a prisão e usando punições menos demoradas para a disciplina gerencial desse risco individual.

O terrível exemplo americano, o que chamamos de *encarceramento em massa* leva o estandarte da pena, como se fosse uma procissão de fé, mas sob outro ritmo: o da incapacitação. Não se abre mão da prisão porque não se abre mão das contradições fundamentais do sistema de estrutura capitalista. Ela segue; mas para seguir, diante de uma realidade tão grave, foi preciso apostar em formas de reduzir o contingente carcerário, seja mediante solidariedade ou tecnologia. Assim é o percurso que agora caracteriza o sistema de justiça criminal estadunidense, independente da orientação ideológica dos que trabalham a partir de sua realidade.

Em cenário semelhante, de grande encarceramento – a quarta maior população carcerária do mundo, no Brasil – a única solução possível, enfim, já que seguimos a mesma via em outro passo, seria apostar em medidas desencarceradoras, que aliviem a miséria da superpopulação penitenciária, cuja composição expressa perfeitamente a seletividade do sistema de justiça criminal. Que oportunidade ímpar se perdeu, para pensar em novas formas de libertar, de aliviar o regime de execução, superar a estúpida linearidade vertical do regime fechado até o regime aberto, avançar em saídas temporárias, mais amplas formas de livramento condicional ou restaurativas de encerrar violações de bens jurídicos que não precisam passar pelo estigma da pena etc.

O Brasil fez tudo ao contrário do esperado em termos civilizatórios nessa reforma, ou seja, não conseguiu nem aderir ao avanço da direita nos Estados Unidos. Isso é uma grande frustração, não é? Quer dizer, pelo menos acompanhar os avanços da direita nos Estados Unidos. Mas não, conseguiram ficar atrás da direita nos Estados Unidos. Pois eles acabaram com o livramento condicional! Uma tremenda irresponsabilidade político-criminal, uma barbaridade sem tamanho. Acabar com o livramento condicional? O que eles pensam? Não é a vida deles, eles nunca se imaginam presos, ou seja, fazem um direito que não representam para eles, o que necessariamente expressa uma justiça vingativa. E para cúmulo dos cúmulos, dizem que o outro substitutivo penal introduzido pelo Código de

40, o *sursis*, é anacrônico, porque existiriam as restrições de direito desde a reforma de 84. Mas o *sursis* é garantia!

Então chegamos a isso: livramento condicional é desnecessário e a suspensão condicional da pena é anacrônica.... não, não, anacrônica é a prisão, anacrônico é se apostar na reclusão e na progressão de regime, na *ortopedia moral* do sujeito. Anacrônica é a Comissão, que não evoluiu. Ou retrocedeu, conforme o caso e a consciência de cada um.

Terceiro, e para arrematar, restituíram o *exame criminológico* para a progressão de regime. Ou seja, libertaram a criminologia etiológica de sua jaula, para *farsa* depois da *tragédia*. Que vergonha será ter que explicar, se tudo der errado e ninguém mais tiver siso no Congresso, sendo este abjeto Projeto aprovado, aos nossos colegas cientistas pelo mundo, que o Brasil decidiu, na criminalização do século XXI, retornar ao fim do século XIX. A progressão agora, para ser obstruída, conta com novos palpiteiros, formados nas ciências do escuro da alma alheia. Que bela porcaria.

Quarto e, por fim, em relação à reincidência, entendo que a fala do painel da manhã já esgotou o assunto porque é, claro, absolutamente contrária à idéia de culpabilidade porque o sujeito tem que ser punido pelo que ele *fez* agora, e não pelo que ele *fez* ou *foi* no passado, nem pelo que ele *é* – ou acham que *é*. O tipo de injusto é precisamente isso, limite da atribuição de responsabilidade penal, o que está amarrado pelos princípios da culpabilidade e da responsabilidade penal pessoal. Se não for assim, terei um direito penal da ideologia da defesa social. É por esse caminho que vai o Direito Penal Brasileiro? Vamos lutar para que não seja assim. Mas o poder político que está por detrás dele nos coloca essa possibilidade. É por isso que quando começamos a ler o projeto dá até vontade de rir, mas depois do riso vem a consternação. Aí depois vêm a preocupação, e o medo. A reincidência, no texto, determina início da pena em regime fechado, impossibilidade de restritivas de direito como regra, agravamento da pena, preponderância das circunstâncias desfavoráveis e interrupção da prescrição. Pensem como é lógico do ponto de vista da punição: punir uma vez e se não deu certo, vai punir mais? Isso não faz o menor sentido. Se o Estado tem o sujeito à sua disposição e não faz nada de melhor para ele; depois, ele acaba sendo novamente criminalizado, então o Estado deveria perceber que teve o “dedo” dele. Se a reincidência vai ser alguma coisa, deveria ser atenuante. O Estado teve a sua chance,

teve a pessoa sobre o seu poder e sobre o seu exame e não fez nada ou fez algo pior. O Estado tem que assumir a responsabilidade, ele construiu esse cara, agora com certeza deformando-o conforme critérios próprios de moralização individual. Se essa pessoa está há três anos na mão do Estado e volta a praticar um crime ou volta a ser acusado e criminalizado em função de algo definido como crime, pode ter certeza de que ele tem responsabilidade sobre isso. Ao contrário disso, se o Estado, cingidamente, volta para uma Política Penal que supõe que o crime é uma decisão individual livre e que o sujeito pratica um crime porque manifesta a vontade antijurídica. Enfim, mais um sintoma de que ninguém leu o que deveria e que o oportunismo falou mais alto.

Sendo assim, por onde começar, se não for apontando para aquela pilha de livros que ainda precisam ser lidos e que, nem, sequer, integram a maior parte dos currículos de Direito? Quantas faculdades hoje têm cadeira de Criminologia ou Política Criminal como matéria curricular ou optativa? Eu só conheço duas Universidades no Brasil que têm cadeira de Política Criminal no curso de Direito, precisamente o Curso de onde saem a maioria dos agentes da repressão. A Criminologia é mais frequente, mas nas faculdades privadas – absoluta maioria – vira uma matéria optativa e de pouco interesse, porque “não cai em concurso” ou “não tem aplicação prática”. Pois foram precisamente os que só pensam no concurso e vivem de prática que, por falta de Criminologia e Política Criminal na cabeça reproduziram a tragédia penal que reforça a prisionalização.

Agora que a coisa foi toda exposta, a maioria dos membros da Comissão que são minimamente próximos do mundo acadêmico está com vergonha. Porque parece que eles não estudaram, ao menos se o pensamento deles de alguma maneira está expresso no texto do Projeto de Lei do Senado 236. Entendo, perfeitamente, essa vergonha; quem quer ter por legado este tal “Código”, ou seja, quem quer levar consigo essa herança terrível, maldita, contaminada com essa engenharia de pena do século XIX? Ninguém em bom senso negaria o fato de que teria sido melhor ressuscitar o Código de 69, sem tirar nem por, do que tentar avançar com esse *quasi*-Projeto, para homenagear o Prof. Juarez Cirino dos Santos, que se referiu a ele como *Quasimodo*, embora isso pareça insulto ao nosso bom *Quasimodo*, que era marginalizado sem ter feito mal a ninguém, ao contrário do que pretende o Projeto. Afinal, o Código de 69 era, tecnicamente, muito melhor.

Para terminar, vou falar um pouco das penas restritivas de direito e da execução da pena de multa. O projeto é tão ruim que prevê que a execução da pena de multa vai voltar a ser tema de Execução Penal, não mais constituindo dívida de valor. É como se os promotores não tivessem mais nada para fazer, e agora vão pagar de coletores e cobrar multa. Restituímos assim, o xerife medieval: ou você me paga ou eu te prendo. Sabe qual o nome disso? Extorsão praticada pelo Estado. Estado que já tem essa prática nos crimes de sonegação fiscal: se a pessoa pagar, acaba a ameaça de pena. Paga ou vai preso. Sabem qual é o argumento? É que os procuradores da Fazenda acham o valor muito baixo para cobrar. Então tem uma pena de multa para cobrar, resultado de uma condenação, mas o apetite do leão da Receita é tanto que está com obesidade mórbida e doença coronariana, de modo que esse leão gordo, opulento e cardíaco não consegue mais correr atrás das pequenas refeições.

Se você usa uma ameaça de pena para cobrar uma dívida, isso não só viola a Constituição mas também viola o Pacto de São José da Costa Rica. Mas, afinal e à luz da nossa *prática forense*, o que importa isso, se ninguém dá mesmo muita atenção para a Constituição ou Tratados Internacionais de Direitos Humanos, especialmente estes últimos, que são algo que a classe política brasileira assina lá fora com alguma pompa, mas que ninguém respeita ou leva a sério na volta. Seja como for, em termos puramente formais, o certo é que, no ordenamento jurídico brasileiro não pode haver prisão por dívida, civil ou penal, pública ou privada. Juristas, ao menos, deveriam saber disso. Mas o Brasil consegue a proeza de montar uma Comissão, que apresenta um Projeto de lei e o submete ao Senado Federal, no qual se defende a ideia de que você pode cobrar multa mediante ameaça de pena pelo Ministério Público. A mensagem é clara: pague; caso contrário, vai preso ou sofre confisco. Se tiver sorte, na melhor das hipóteses, recebe uma pena restritiva de direitos, e vai fazer prestação de serviços à comunidade. Terrível, triste, reacionário.

Essas eram as considerações que eu tinha para fazer; retorno agora do *lodo*, sujo e triste por ter que tratar disso. Mas a própria possibilidade de estar aqui, discutir e apresentar essas considerações com e para vocês, é importante demais como para que eu me preocupe com estética ou humor. Assim foi que tive que ir até a pior parte da Execução Penal – exceto

a própria execução – para pinçar como se projeta o sofrimento dos outros; e voltar, com más notícias.

Este Seminário começou em onze de setembro. Essa data, embora coincida com o ataque às torres gêmeas em Nova Iorque, pode ser lembrada por um evento ainda mais importante para a história da América Latina. É que no onze de setembro o cínico general Pinochet derrubou o governo democrático de Salvador Allende, restituindo a mais radical lógica punitivista. Então se um Seminário que enfrenta temas como a miséria da institucionalização da violência parte desta data, que ao menos sirva para exigir que nós não sejamos, hoje, tão cínicos em relação ao sofrimento alheio, escondendo-nos atrás de palavras.

Para que, jamais, a gente chame de *Revolução* o que é *golpe*, de *terrorismo* o que é *Resistência democrática* e de *Código* esse *projeto*.

Muito obrigado. ❖

Delação Premiada no Projeto de Reforma do Código Penal: Nova Roupagem, Antigos Problemas

Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado criminalista. Professor de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUC-MG. Autor dos livros: Da Inexigibilidade de Conduta Diversa (Ed. Del Rey) e Da Reincidência Criminal (Ed. Mandamentos). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

“Na hora da dura
Você abre o cadeado
E dá de bandeja
Os irmãozinhos pro delegado
Na hora da dura
Você abre o bico e sai cagüetando
Eis a diferença, mané, do otário pro malandro
Eis a diferença do otário pro malandro

E no pau-de-arara você confessou o que fez e não fez
E de madrugada gritava gemendo dentro do xadrez
Quando via o xerife se ajoelhava e ficava rezando
Eis a diferença, canalha, do otário pro malandro
Eis a diferença do otário pro malandro

E na colônia penal
Assim que você chegou
Deu de cara com os bichos que você cagoetou
Aí você foi obrigado a usar fio-dental e andar rebolando

Eis a diferença, canalha, do otário pro malandro
Eis a diferença do otário pro malandro”

Bezerra da Silva, *Na hora da dura*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde o final de junho do corrente ano, tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Reforma do Código Penal¹, que carrega consigo inúmeros dispositivos que, acaso aprovados, darão ensejo a mudanças significativas em determinados institutos ora em vigência em nosso ordenamento jurídico.

Dentre as propostas trazidas pela Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal, está a inclusão no corpo do Código Penal da denominada delação premiada, desta feita, intitulada Colaboração com a Justiça. Não obstante o Projeto desenhe novo regramento para a aplicação do instituto, temos que este não se trata de novidade na legislação penal brasileira.

Neste cenário de mudanças, o objetivo do presente artigo é suscitar o debate a respeito do tema, a partir da nova estrutura normativa proposta pela aludida Comissão, e apontar que, em que pese as inovações apresentadas, a delação premiada continua contaminada por uma transgressão ética invencível, tratando-se de irrefragável reconhecimento do fracasso do Estado no combate à nova criminalidade.

2. CONCEITO E ORIGEM DA DELAÇÃO PREMIADA

Segundo Bittar (2011, p. 226), a palavra “delatar”, proveniente do latim, sob o ponto de vista etimológico, significa “ação de delatar, denunciar, revelar”. De Plácido e Silva, em sua obra **Vocábulo Jurídico**, ao definir “delação”, consigna que: *“originado de delatio, de deferre (na sua acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir), é aplicado na linguagem forense mais propriamente para designar a denúncia de um delito”*.

Aplicada na ciência criminal, o vocábulo encontra-se qualificado pela expressão “premiada” e consiste na assunção da própria responsabilidade dentro de uma perspectiva criminal em que o agente estava inseri-

¹ Projeto de Lei n. 236/2012.

do, auxiliando na identificação dos demais envolvidos. Ante a colaboração desse agente, é facultado ao juiz a aplicação de benesses quando da análise da conduta e da pena.

Em outras palavras, consiste “na redução da pena, ou em alguns casos, até mesmo o seu perdão, para o colaborador que preencher os requisitos legais, somente sendo concedida a fim do processo criminal, na sentença condenatória” (Fonseca, Franzini, 2005, p. 9).

Segundo Laudand (*apud* Estellita, 2009, p. 2),

a delação premiada consagrada na legislação brasileira configura instituto de direito material a partir do qual, preenchidos determinados requisitos previstos em lei, poderá o imputado ser beneficiado pela autoridade judicial com redução de pena ou perdão judicial.

De origem italiana, a delação premiada, também denominada colaboração espontânea com a justiça, surgiu na década de 70, quando dos julgamentos dos delitos praticados pela famigerada máfia italiana². Em verdade, não obstante o instituto tenha sido empregado na década de 80 na Espanha, no âmbito das práticas terroristas, o modelo que de fato influenciou e influencia diversos ordenamentos jurídicos é o modelo italiano.

Grosso modo, a máfia italiana surge a partir de um acordo entre o poder público e os criminosos, com o objetivo de recuperar os bens objetos de crime. Assim, havia uma negociação, na qual a *res* era restituída e o criminoso findava impune. Posteriormente, os criminosos passaram a oferecer proteção para a camada influente política e economicamente, exigindo como contraprestação parte daquilo que era produzido ou ganho pelos protegidos. Com o tempo, sob a influência da globalização, tais relações extrapolaram a fronteira italiana, ganhando o mundo, especialmente Europa, Estados Unidos e América do Sul. Por outro lado, essa expansão representou o início de inúmeros conflitos entre as famílias, em busca de poder territorial, e da reação estatal quanto ao modelo de organização. A essa altura, o furto e o roubo passaram a serem delitos secundários, dedicando-se a organização principalmente ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro.

² Sobre a máfia italiana, ver Bittar (2011, p.228).

Conforme explica Bittar (2011, p. 228), por estarem inseridas na cultura italiana como fenômeno social e tradicional, as organizações mafiosas só foram objeto de preocupação nos idos de 1860, quando da unificação italiana, em virtude de uma preocupação quanto a uma postura institucional da relação entre política, sociedade e criminalidade.

O alastramento do terrorismo e da extorsão mediante sequestro foi o estopim para que Estado Italiano buscasse formas mais incisivas de combater a nova criminalidade, especialmente porque a elevada incidência dos mencionados crimes criava na sociedade a ideia de que as instituições públicas não eram capazes de oferecer a devida proteção. No aspecto sancionatório, além do aumento das penas, foram criados instrumentos que possibilitassem a quebra do vínculo no interior das organizações,

“através de normas especiais que, por um lado, agravassem as sanções dos autores dos crimes e, por outro, possibilitassem a concessão de atenuante a quem, dissociando-se dos cúmplices, ajudasse as autoridades a evitarem consequências do crime, ou colaborasse na elucidação dos fatos, ou na identificação dos demais agentes. (Bittar, 2011, p. 230).

Essa normatividade especial implementada pela Itália buscou adotar tratamento diferenciado aos colaboradores em inúmeros aspectos, relacionados à investigação, ao direito material, ao direito processual e até mesmo ao direito penitenciário, o que possibilitou o êxito quanto ao controle da máfia.

Segundo Bittar (2011, p. 231), em 1974, por meio da Lei 497, o denominado direito premial foi introduzido no ordenamento italiano e, no tocante à delação premiada, seu art. 6º e trouxe uma atenuante aplicável àqueles envolvidos que auxiliassem a vítima a recobrar a liberdade sem o pagamento de resgate.

Posteriormente, outras normas foram elaboradas no mesmo sentido. A Lei 15 de 1980, além de criar novos tipos penais, estabeleceu benesses relacionadas à delação, nos casos em que um envolvido se desvinculasse da organização criminosa e se esforçasse para evitar consequências da atividade criminosa, ou ajudasse à autoridade policial e a judicial a

localizar provas, bem assim capturar os demais participantes. Nesta situação, a prisão perpétua era substituída pela pena de reclusão de 12 a 20 anos, e algumas penas reduzidas de um terço a metade. Ante o êxito da citada medida, em 1982, com a Lei 304, foi aumentado o patamar de redução da pena e sendo expandidas as hipóteses de colaboração, que, desta feita, englobaria também aquele que simplesmente se dissociasse do grupo, numa espécie de colaboração passiva.

Essas duas leis (15 e 304) trataram das figuras do “dissociado”, do “arrepentido” e do “colaborador”, cada um com um regramento específico.

Assinala Pellegrini (1995, p. 78) que o “arrepentido” consiste naquele indivíduo que antes da sentença condenatória dissolve a organização, se retira desta, ou se entrega espontaneamente, oferecendo informações acerca da organização, ou, ainda, impede a execução dos crimes para os quais esta se instituiu, aplicando-se a extinção da punibilidade. Ademais, àquele que se entrega à autoridade policial ou judicial antes de ser expedido o mandado de prisão, pode ter esta medida substituída por outra mais branda.

Já o “dissociado”, que antes da sentença condenatória, atua no sentido de evitar ou amenizar as consequências do crime ou impede novos crimes e confessa a participação, é concedida a redução da pena e a substituição da prisão perpétua pela reclusão, de quinze a vinte e um anos.

O “colaborador”, além de todas as posturas acima, auxilia na obtenção de provas, individualização das condutas e captura dos demais membros, razão pela qual pode ter a pena reduzida pela metade, bem como ter substituída a prisão perpétua pela reclusão de dez a doze anos.

Foi também no ano de 1982 que o crime de associação mafiosa foi criado, passando a fazer parte do Código Penal Italiano, por meio da Lei “Rognomi- La Torre”. Segundo Bittar (2011, p. 232), o destino da máfia começa a ser traçado com a inserção deste tipo penal e, de posse dos depoimentos de integrantes da máfia, foi iniciado em 1986 o denominado “maxiprocessos”, que houve por obter a condenação da maioria dos réus, inclusive daqueles conhecidos por *capimafia* (cabeças da máfia). A estratégia foi introduzida também quanto ao crime de tráfico de drogas.

Em 1991, com o assassinato do juiz Rosário Livatino, aumentou-se a pressão, especialmente advinda dos magistrados da Sicília, no sentido de que o combate às organizações criminosas se desse de modo mais incisivo, razão pela qual com a Lei 82, de 14 de março de 1991, foi disciplinada a proteção aos colaboradores e testemunhas. Dentre as medidas de proteção, estavam a assistência ao colaborador, bem como à sua família, a troca de endereços e documentos e o dever de sigilo. Por fim, a Lei 203, de Julho de 1991, trouxe mais benefícios aos mafiosos colaboradores.

Sob o aspecto processual, as declarações dos colaboradores tidos como suspeitos são analisadas criteriosamente. Somente é aceito como prova aquele testemunho que restar corroborado pelas demais provas produzidas. Assim, o exame da declaração passa pela análise da credibilidade do declarante (personalidade, passado, relação com os acusados), da confiabilidade da informação (precisão, coerência, seriedade) e da ratificação por outras provas.

Já na fase penitenciária, o tratamento conferido segue a mesma lógica do direito material, isto é, o recrudescimento aos que se mostram irredutíveis à colaboração, e a flexibilização para os colaboradores, com inúmeras facilidades de obtenção de melhorias na execução da pena.

Em 2001, foi realizada uma grande reforma nos vários campos da normatividade premial. As principais modificações se deram no âmbito do direito processual, ante o fenômeno da progressão acusatória, ou seja, da “desistência” do colaborador na fase processual, em virtude do descontentamento quanto à proteção oferecida.

Em que pese a nítida estruturação normativa italiana com o objetivo de deter e responsabilizar a máfia, a *operazione mani pulite*, inicialmente aclamada pela população italiana, foi ganhando espaço na crítica ante os abusos cometidos pelo Ministério Público e pelos juízes, especialmente “pelos exageros apontados nos encarceramentos preventivos, tanto que a operação passou a ser apelidada pela imprensa de ‘operação algemas fáceis’” (Pellegrini, 1995, p. 85). Iniciava-se um embate entre os operadores do Direito, divididos entre o argumento de combate à criminalidade e do respeito às garantias fundamentais.

O legado que se pode extrair das raízes da delação premiada, é que a sua criação foi influenciada pelas circunstâncias e idiosincrasias peculiares da Itália naquele momento, e que, conforme se abordará em seguida, o transplante de tais ideias para o ordenamento jurídico brasileiro representou um equívoco do legislador, mormente pelas diferenças de criminalidade e pela discrepante estrutura.

3. INSERÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

Uma digressão quanto ao percurso da legislação brasileira demonstra que a delação premiada ganhou seus primeiros traços ainda nas Ordenações Filipinas, em vigência de 1603 a 1830, e que consignava a faculdade de se perdoar o indivíduo que delatasse conspirações ou conjurações, bem como fornecia dados que ajudassem na prisão dos envolvidos (“Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”) (Bittar, 2011, p. 240).

No entanto, o termo inicial do instituto, já com a denominação de delação premiada, teve início após a promulgação da Constituição Federal que, inspirada no Movimento da Lei e Ordem, trouxe dispositivo acerca da criação da lei dos crimes hediondos (art. 5º, inciso XLIII, da CF).

Influenciados pela excitação gerada pela operação italiana *mani pulite*, bem assim pelo clamor social advindo da sensação de insegurança incrementada pelos meios de comunicação sensacionalistas e pelo aumento do crime de extorsão mediante sequestro de pessoas tidas como importantes, a primeira imersão do instituto sob análise no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com o advento da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Com a mencionada lei, foi introduzido o §4º no art. 159 do Código Penal, e o primeiro direito premial, que inovou trazendo uma causa de diminuição de pena aplicável àquele que coautor ou partícipe da extorsão mediante sequestro, praticada por quadrilha ou bando, que auxiliasse na localização das vítimas. Mais tarde, via modificação ensejada pela Lei 9269/96, ampliou-se o rol de aplicação da delação premiada, ao permitir o reconhecimento do instituto diante do mero concurso de pessoas, de forma que o tipo penal do art. 288 do Código Penal passou a ser dispensável para a concessão do prêmio.

Além da previsão legal quanto ao crime de extorsão mediante sequestro, a Lei de Crimes Hediondos, especificamente em seu art. 8º³, trouxe outra possibilidade de delação premiada, desta feita, estabelecendo causa de diminuição de pena, no patamar de um a dois terços, aplicável exclusivamente ao crime de bando ou quadrilha, constituído para a prática de crimes hediondos, de tortura, tráfico de drogas ou terrorismo, para o participante ou associado que necessariamente auxilie no seu desmantelamento, através da delação à autoridade competente.

Destaca-se que, muito embora tenha sido a primeira aparição da delação premiada, o seu uso foi extremamente restrito, em razão da ausência de normas procedimentais quanto à sua aplicação, tema que acabou ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência, e, ainda, pelo fato de não ter sido oferecida qualquer forma de segurança ao delator.

Posteriormente, precisamente 5 anos depois, a lei que instituiu meios operacionais de prevenção e repressão ao crime de bando ou quadrilha e à famigerada organização criminosa, novamente trouxe a delação premiada como instrumento de investigação. Criticada por se omitir quanto a uma definição autônoma de criminalidade organizada, o art. 6º da Lei 9.034/95, igualmente, prevê a incidência da causa de diminuição de pena, com redução de um a dois terços, nos crimes praticados por organização criminosa, ao agente que colabora de modo espontâneo, de tal forma que consiga contribuir para a elucidação da infração penal e sua respectiva autoria.

Dois meses após a aprovação da Lei 9.034/95, foi promulgada a Lei 9.080/95, que teve por objetivo ampliar as hipóteses de aplicação da delação premiada. Para tanto, inseriu um parágrafo no art. 25 da Lei 7.492/86 e um parágrafo no art. 16 da Lei 8.137/00.

3 Há quem diga que o art. 8º da Lei 8.072/90 foi tacitamente revogado. “Deve ser destacado que, embora o legislador – em consequência da promulgação de leis posteriores e que também tratavam do beneplácito – não tenha sido explícito quanto à revogação das hipóteses de delação premiada previstas nas Leis 8.072/1990 (parágrafo único do art. 8º) e 9.269/1996 (§ 4º do art. 159 do CP); a amplitude concedida ao instituto por força da Lei 9.807/1999, segundo Alberto Silva Franco, teria revogado a Lei 9.269/1996, ao não estruturar novos tipos incriminadores sobre determinada matéria de proibição ou reformular tipos preexistentes, tendo apenas o duplo objetivo de estabelecer normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítima e testemunhas ameaçadas, aliadas ao fato de o texto dos arts. 13 e 14 desta lei ter criado as hipóteses de perdão judicial e de causa redutora de pena, com ampla abrangência e sem nenhuma vinculação a determinados tipos legais, também não houve manifestação explícita sobre a hipótese de não contemplar a Lei 9.807/1999 a exclusão de sua incidência o § 4º do art. 159 do CP e o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.072/1990 e, finalmente, por se tratar (no caso da Lei 9.807/1999) de norma penal mais benéfica, devendo retroagir, conforme determinação do art. 5º, XL, da CF/1988” (Bittar, 2011, p. 244-245).

O que permite asseverar que este foi o momento em que a banalização do instituto da delação premiada, definitivamente, restou concretizada reside no fato de que a possibilidade de sua concessão não era mais restrita apenas aos crimes de maior gravidade [...] não só em face das penas cominadas nas normas incriminadoras descritas na Lei 8.137/1990, bem como por restarem inseridas em uma modalidade criminosa (crimes fiscais) em que funções preventivas geral e especial da pena foram, absolutamente, minimizadas, em face da política despenalizadora que envolve essa modalidade delitiva o Brasil. (Bittar, 2011, p. 249).

No mesmo sentido, seguiu a Lei de Lavagem De Capitais (Lei 9.613/98), que, em seu art. 1º, §5º, registrou a possibilidade de ser aplicada a delação premiada. Contudo, nesta oportunidade, o legislador houve por colocar à disposição do julgador um rol maior de institutos aplicáveis ante a colaboração do autor, coautor ou partícipe. Diferente dos outros dispositivos que instituíram a delação premiada, que previam unicamente a diminuição da pena, tratando-se de crime de lavagem de dinheiro, será permitida a redução da pena, devendo ser cumprida em regime inicialmente aberto, perdão judicial ou substituição por pena restritiva de direitos. Neste ponto, vale esclarecer que, segundo Cervini Sanchez (1998, p. 344), para fins de delação premiada só terá acolhida a colaboração do agente que assume a sua responsabilidade e aponta outros envolvidos. Quando a colaboração se restringir à localização de bens e direitos ou valores objeto do crime, será o caso de mera confissão premiada. Insta registrar que, mais uma vez, o legislador, seguindo a tendência de banalização da delação premiada, inseriu o instituto sem trazer qualquer norma procedimental que regulasse a sua aplicação.

Até então, todas as hipóteses de delação premiada estavam diretamente relacionadas a crimes específicos e, portanto, possuíam aplicação restrita. No entanto, com a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas), o instituto se estendeu a todo e qualquer delito, trazendo duas possibilidades de desdobramento. O primeiro deles consiste no perdão judicial para os colaboradores primários, que contribuíram efetivamente e de forma voluntária para a investigação e a instrução, desde que resulte em : “I- a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação

criminosa; II- a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III- a recuperação total ou parcial do produto do crime.” Lado outro, os reincidentes ou aqueles que em decorrência da sua personalidade ou das circunstâncias do crime não fazem jus ao perdão judicial, restará a redução da pena de um a dois terços. A lei em comento inovou ao trazer dispositivo que cuida da proteção aos colaboradores.

Não obstante a expansão do direito premial para todo e qualquer crime, conforme a lei supramencionada, o legislador, quando da elaboração da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), contrariando a anterioridade e o caráter benéfico da Lei 9.807/99 (Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas), houver por trazer novamente hipótese autônoma e restrita de delação premiada, cujo prêmio consiste somente na redução da pena em caso de condenação, para aquele que auxiliar na identificação dos demais envolvidos, bem assim na recuperação total ou parcial do produto do crime. Observa-se que, desta feita, não restou prevista em lei a possibilidade da extinção da punibilidade pelo perdão judicial, caracterizando nítida negligência em relação ao conflito intertemporal entre normas penais, no termos do art. 5º, inciso XL, da CF/88. Por certo, o art. 41 da Lei 11.343/06 (Lei de Tóxicos) já nasceu com restrição de aplicabilidade, tendo em vista que, estando a Lei 9.807/99 em plena vigência, trazendo em seu bojo norma premial mais favorável ao réu aplicável a qualquer diploma repressivo, não pode o juiz, diante de uma delação premiada, ignorar que esta se trata da opção mais benéfica.

No tocante à inserção da delação premiada no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que, ao contrário do modelo italiano, objeto de inspiração do legislador brasileiro, houve aberta preocupação em alargar progressivamente a possibilidade de aplicação do instituto, culminando no seu emprego em todo e qualquer delito. Assim, até o presente momento, encontra-se em segundo plano qualquer adaptação normativa que tenha por escopo estabelecer um regramento processual para a questão sob discussão, ou mesmo que seja direcionada para uma real eficácia e legalidade. Somado a isso, temos a negligência quanto a uma normatização que confira eficácia e validade à delação.

Ademais, assinala Bittar (2011, p. 259) que, na Itália, os delatores são denominados de arrependidos, o que demonstra o espírito de resgate social daquele indivíduo, com função de prevenção especial. Embora tão utilitarista como no Brasil, a incompatibilidade insuperável em relação ao

modelo italiano fica clara ao se vislumbrar que aqui não se tem qualquer preocupação em recuperar o criminoso delator.

A problemática que envolve a delação premiada, sob seus vários aspectos, parece estar longe de ser pacificada.

4. DELAÇÃO PREMIADA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL: NOVA ROUPAGEM

Em 2011, por intermédio do Requerimento nº. 756, de iniciativa do Senador Pedro Taques, foi aprovada pelo Senado Federal a constituição de uma Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal. Para tanto, foram nomeados membros com notório saber jurídico, representantes das mais diversas classes. Como já dito, o anteprojeto foi entregue ao Senado no final de junho do presente ano.

Dentre as inúmeras modificações propostas pela aludida Comissão, a qual teve como um dos objetivos condensar a legislação penal, atualmente espalhada ao longo de infindáveis leis, temos a criação da figura do Imputado Colaborador, que, em verdade, trata-se da já conhecida delação premiada.

Assim, ao inserir o instituto em testilha no art. 160 do Anteprojeto, verifica-se a nítida intenção dos membros da Comissão de que sua aplicação se dê em qualquer delito, independente da sua natureza ou da pena cominada. O citado artigo ganhou a seguinte redação:

Imputado colaborador

Art.160. O juiz, a requerimento das partes, concederá o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade, se o imputado for primário, ou reduzirá a pena de um a dois terços, ou aplicará somente pena restritiva de direito, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a total ou parcial identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; ou

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo exige acordo que será celebrado entre o órgão acusador e o indiciado ou acusado, com a participação obrigatória do seu advogado ou defensor, respeitadas as seguintes regras:

I - o acordo entre as partes, desde que tenha efetivamente produzido o resultado ou os resultados mencionados no caput deste artigo, vinculará o juiz ou tribunal da causa;

II - a delação de coautor ou participe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos probatórios convincentes;

III - ao colaborador da Justiça será aplicada a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas;

IV - oferecida a denúncia, os termos da delação serão dados a conhecimento dos advogados das partes, que deverão preservar o segredo, sob as penas da lei.

No que tange às consequências ao colaborador, não se verifica qualquer inovação por parte do Anteprojeto, que se restringe às hipóteses já existentes no ordenamento jurídico atual, quais sejam, o perdão judicial, a redução da pena e a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito.

A novidade fica por conta do parágrafo único do dispositivo em comento, que, em óbvia tentativa de afastar as críticas contumazes em relação à delação premiada, determina que a aplicação da norma premial exige acordo formal entre o órgão de acusação e o colaborador, com participação obrigatória do advogado ou defensor. Trata-se de manobra com vistas a impedir qualquer tentativa futura de arguição de invalidade da delação.

Ademais, o mesmo parágrafo único elenca uma série de condicionantes à colaboração, estabelecendo requisito no âmbito da sua eficácia, considerando que a delação somente terá repercussão jurídica caso efetivamente logre identificar os envolvidos, localize a vítima com sua integridade física preservada, ou, ainda, recupere total ou parcialmente o

produto do crime. Nesse caso, haverá vinculação do juiz ou Tribunal da causa, tornando a aplicação das benesses obrigatória. Vê-se a preocupação dos membros da Comissão em sanar crítica antiga, advinda especialmente dos defensores, acerca da inexistência da garantia de que, diante de uma colaboração ativa do partícipe ou coautor, o juiz irá, quando de uma sentença condenatória, aplicar o beneplácito.

Seguindo o modelo italiano, o dispositivo apresentado pela Comissão condiciona a admissão da delação como prova somente quando corroborada pelos demais elementos probatórios produzidos ao longo da instrução. Cuida de entendimento já existente em nosso ordenamento processual, que ora ganha menção expressa. Bem se sabe que qualquer prova isolada nos autos não tem o condão de ensejar uma condenação, e o mesmo pode ser dito quanto à prova advinda da delação.

Ainda, fica assegurado ao colaborador a sua inserção no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas, forma encontrada pela Comissão de incentivar a delação, já que, não é rara a retaliação por parte dos delatados.

Por fim, após o oferecimento da denúncia, será dada ciência acerca dos termos da delação às partes e seus defensores, que estarão sob o dever do sigilo.

Não se pode negar que, em termos de comparação em relação ao modelo italiano, a proposta da Comissão representa um avanço ao tentar oferecer algumas garantias ao delator. Inolvidável a sua boa intenção em tentar conciliar e apresentar solução para problemas que há muito se abatiam sobre o instituto da delação premiada. Todavia, não obstante a louvável tentativa, qualquer esforço no sentido de viabilizar a delação premiada se acha fadado ao fracasso, tendo em vista que, sob o ponto de vista ético, o problema é intrínseco ao instituto, apresentando-se insuperável, seja qual for a diretiva normativa. Trata-se de um novo regramento, que carrega consigo antigos e já conhecidos conflitos.

5. ASPECTOS CRÍTICOS DA DELAÇÃO PREMIADA: VELHOS PROBLEMAS

Os questionamentos suscitados pelo tema da delação premiada ultrapassam as fronteiras do direito material, alcançando debates acerca da conveniência político-criminal, das implicações processuais e seu valor probatório, bem como da barreira ética inerente ao espírito do Estado Democrático de Direito.

Já de início, numa análise ampla da delação premiada, pode ser detectada a incompatibilidade do instituto com o exercício da defesa do acusado, tanto da defesa técnica, quanto da autodefesa, que se mostram amarradas numa postura do delator como acusador de si mesmo, em franca dissonância com o princípio do contraditório e da ampla defesa. O caráter amplo de esvai diante de uma situação em que o delator sequer pode tentar a sua absolvição. Por certo, um Estado comprometido com os ditames democráticos não poderia sequer cogitar em dar guarida a um instituto que viola um de seus princípios fundamentais.

O processo em que se faz presente o instrumental da delação premiada faz transparecer mera formalidade defensiva, sem qualquer possibilidade que a mesma seja efetiva. A necessidade de que o agente, para que obtenha favores do julgador, colabora efetivamente, revelando sua participação, de terceiros, detalhes da ação criminosa etc., estabelece a ampla defesa como mera promessa vã do texto político. (Tasse, 2006, p. 277).

Como bem alerta Tasse (2006, p. 277), não fosse suficiente o prejuízo à defesa, a delação premiada vem sendo empregada como ônus processual, sob pena de prisão, ao argumento de que o investigado não colaborou, transformando-se, portanto, em verdadeiro instrumento de tortura. Nessa perspectiva, “não resta alternativa a dizer o que o acusador quer ouvir, verdade ou não, mas o que o acusador quer ouvir”, especialmente o acusador que ora se esquece do seu papel de fiscal da lei.

A delação premiada não se constitui em um recurso moderno do processo penal, assim como não se apresenta como repercussão de nenhum avanço especial havido na persecução penal. Em verdade, a delação premiada sempre representou, juntamente com a prática da tortura, uma das ferramentas fundamentais dos processos arbitrários, em especial os medievos de índole inquisitorial. (Tasse, 2006, p. 274).

A violação à ampla defesa cuida de problema intrínseco à delação premiada, de tal forma que a nova proposta normativa trazida pelo Anteprojeto de Código Penal não enseja qualquer modificação.

Ademais, como já abordado, ao se encontrar diante de uma situação em que um cidadão almeje fazer uso do beneplácito, questão que não poderia ser ignorada pelos defensores, de esclarecimento obrigatório ao delator é a ausência de garantia de que, ao final do processo, o magistrado iria reconhecer a existência da delação premiada. A nova proposta do Anteprojeto de Código Penal, que determina a vinculação do juiz e do tribunal, carrega nítida intenção de solucionar essa questão. Todavia, observa-se que tal vinculação está condicionada ao efetivo resultado, ou seja, as informações devem de fato auxiliar na identificação dos envolvidos, na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Assim, não obstante a expressa menção à vinculação do Juízo e da exigência de um acordo formal entre acusação e delator, a garantia de aplicação continua inexistente, vez que continua pendente do livre convencimento acerca do efetivo resultado (mesmo porque o reconhecimento da delação está atrelado a um édito condenatório). O acordo, portanto, não representa evidente avanço no tratamento do instituto, persistindo a insegurança jurídica que o ronda.

Observa-se que, desde que a delação premiada foi inaugurada em nosso ordenamento jurídico, inúmeras críticas foram tecidas em relação ao instituto, travou-se um embate entre os operadores de direito e uma rejeição explícita por parte destes. De todo o imbróglio, a questão ética que envolve o direito premial parece ser insuperável.

Decerto, a delação não pode ser qualificada como algo diverso da traição. A traição é institucionalizada e incentivada pelo Estado e, sob a tônica da ética, inquestionável que tal postura não é merecedora de aplausos. Em nome de um pretense combate à criminalidade, a delação promove a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios. Através delação, o Estado oferece uma recompensa àquele que, além de criminoso, é desleal.

Embora a moral e o direito não se confundam, até mesmo em razão da amplitude que cada campo oferta, mais amplo naquele, ao objeto estudado, é também correto afirmar que quando se constrói o sistema jurídico não pode este servir ao desenvolvimento de uma moral contrária aos postulados éticos que permitem a prosperidade de toda comunidade. (Tasse, 2006, p. 275).

Para amenizar o conflito ético, o Estado tenta transmitir a percepção de que o delator é um colaborador, interessado em auxiliar a persecução penal e está arrependido dos atos delituosos cometidos, acobertando o fato de que, tanto um, quanto outro, agem por motivos essencialmente utilitaristas. O Estado, de um lado, incompetente e falido na sua função investigativa, vê no delator a última saída para a obtenção de informações que levem ao êxito da persecução criminal, e o delator, de outro, permanecendo na sua “ética” da malandragem, vê na delação mais uma forma de levar vantagem, com o escopo de “se livrar” de uma sanção penal.

O cenário se mostra ainda pior quando se vislumbra a aprovação da sociedade, embriagada pelo sensacionalismo e simbolismo, que passa a ver a traição como algo positivo.

Noutro giro, o uso rotineiro da delação premiada acaba por provocar nos entes responsáveis pela segurança pública, em seu sentido mais amplo, a noção de que a delação é o caminho mais fácil para o desenvolvimento de uma investigação, enfraquecendo paulatinamente outros mecanismos de persecução penal institucionalizados. Cada delação premiada realizada caracteriza uma negligência estatal quanto ao seu dever de eficiência na apuração de crimes.

Ante a singela e perfunctória análise ora efetuada, vislumbra-se que a Comissão de Elaboração do Anteprojeto do Código Penal perdeu a oportunidade de tentar extirpar o instituto sob questionamento, o qual representa incomensurável retrocesso ao direito penal e ao processo penal ao “institucionalizar a tortura psicológica” do acusado, em nome de uma pretensa segurança e punibilidade. Como dizia Benjamin Franklin: “Quem cede sua liberdade em troca de um pouco de segurança não merece nem liberdade, nem segurança.” ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Walter Barbosa. "Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 225-270, jan./fev. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 159, p.7-9, fev. 2006.

ESTELLITA, Heloisa. "A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.

FONSECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. "Delação premiada: metástase política". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 156, p. 9, nov. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "O crime organizado no sistema italiano". In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil); a modernização da lei penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 262 p., 19 cm. ISBN 85-203-1354-X. p. 13-29.

PRADO, Geraldo. "Da delação premiada: aspectos de direito processual". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 873 p. ISBN 85-309-1025-7.

TASSE, Adel El. "Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval". **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 269-283, jul./dez. 2006.

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais na área de Ciências Penais. Professor de Direito Penal da PUC-MG nos cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor de Teoria do Crime na Pós-Graduação em Direito Penal da Faculdade Milton Campos. Membro Titular do Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais.

Boa-tarde a todos e a todas.

“Que falta nos faz hoje este morto tão insistentemente vivo” (Nilo Batista sobre Fragoso).

O tema “responsabilidade penal da pessoa jurídica” escrevi sobre ele já faz nove anos. Na verdade, foi a minha dissertação de mestrado, que deu origem a um livro, no qual tentei deixar claro, na época, a minha opinião sobre o tema. O título é: **A incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Na ocasião, fiquei durante quatro anos estudando a temática e, logo depois, como é comum, abandonei um pouco esse estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica e o retomei no ano de 2008, porque esperava a republicação do livro, uma segunda edição, com a decisão do STF acerca da matéria.

Em 2008, o processo em que se discutiria a matéria, ou seja, os autos de um recurso extraordinário da relatoria do hoje ministro aposentado Cezar Peluso foi concluso ao seu gabinete; e essa decisão seria a decisão plenária do STF, ou será, sobre a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, e já se vão quatro anos de conclusão dos autos, com o parecer da Procuradoria Geral da República, sem designação da data do julgamento. Eu aguardava essa decisão para a publicação da segunda edição do livro. Estava bastante confiante, então. A minha confiança era tamanha porque o ministro Cezar Peluso tinha se manifestado, por duas vezes em dois *habeas corpus*, que votaria contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica e faria a declaração da inconstitucionalidade

do instituto. Bastante confiante, até enviei um exemplar do meu livro para cada um dos Ministros, através de uma amiga assessora do Ministro Carlos Ayres Britto, e estava bem convicto que a nossa Suprema Corte rejeitaria essa proposta expansionista do Direito Penal. Mas o tempo passou, lá se vão quatro anos e até mais de conclusão dos autos no gabinete do relator e a decisão não veio, o STF não se pronunciou sobre a matéria e, ainda, em todos os *habeas corpus* que julgou sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica o tema é debatido de forma incidental, isto é, o mérito da matéria não é questionado, as manifestações dos ministros não podem ser consideradas e eles mesmos dizem que aguardam a decisão plenária.

Com a aposentadoria do ministro Cezar Peluso, hoje a relatoria está com o ministro Gilmar Mendes, e já não sei bem ao certo qual será o destino da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até em função do projeto de reforma do Código Penal. Mas, em função desse evento, em revisita dessa temática, cheguei a duas conclusões: a primeira é que o ministro Cezar Peluso estava parcialmente certo quando ele disse que o STF não julga com ódio; esqueceu o digno ministro de dizer que, muitas vezes, o STF também não julga. E, um segundo ponto, é que mantenho hoje a mesma opinião que tinha em 2003, não a altero em nenhuma vírgula, ou seja, a proposta de responsabilidade penal da pessoa jurídica tem uma aparência de modernização do Direito Penal, mas com um discurso muito antigo, uma fundamentação político-criminal que não tem nada de moderna, não tem nada de novo e não tem nada de avanço do Direito Penal.

Então, o texto que preparei é exatamente sobre isso. Como a temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a par de ser um discurso de inovação, de modernização, é, na verdade, um pano de fundo para o velho discurso penal retributivista, na ideologia da defesa social, um direito penal simbólico, que até é a minha conclusão do trabalho, ou seja, falar de responsabilidade penal da pessoa jurídica é falar, não tenho a menor dúvida disso, do velho Direito Penal intervencionista máximo que procura uma roupagem contemporânea, mas que, na verdade, tem como fundamento o que há de mais retrógrado que é esse Direito Penal contra o qual nós precisamos reagir. **Há vinte e oito anos atrás entrava em vigor o Código Penal de 84 com o objetivo declarado, em sua exposição de motivos, de ser um caminho seguro na modernização da nossa justiça criminal e dos nossos estabelecimentos penais.** Lembro, quando estudante, grifei

essa frase da exposição de motivos, em uma entrevista com o professor Jair Leonardo Lopes sobre a reforma do Código de 1940. E a comissão de 84, formada por brilhantes juristas, entre eles o presidente Francisco de Assis Toledo, o saudoso professor Jair Leonardo Lopes, Miguel Reale Junior, já se preocupava, aquela comissão, com o *status* penal da época, de 1984, e hoje, definitivamente, não há o que comemorar. Chegamos, no Brasil, à impressionante marca de 500 mil presos, um crescimento absurdo, escandaloso que não existe em nenhum país do mundo, superior a 300% desde a década de 90, levando o Brasil a praticamente a liderar as taxas de encarceramento na América Latina, criando, o que, nos dizeres do professor Salo Carvalho, “a era do grande encarceramento”, é o que vivemos atualmente. Mas, o que é pior, não é só esse efeito do encarceramento maxi, mas um outro que tive a possibilidade de observar de perto quando fui membro do Conselho Penitenciário de Minas Gerais: acoplado a esse efeito de massificação da prisão, observamos o distanciamento da efetiva jurisdicionalidade da execução penal, o que resulta na plena vivacidade de um poder punitivo supostamente oficial em descontrole. Estou falando de um sistema de punição que não gosto chamar de paralelo porque se desenvolve institucionalmente. Um sistema de punição que remonta a barbárie.

Enquanto o professor Maurício Dieter se manifestava, estava aqui lembrando os motivos que me fizeram pedir a exoneração do Conselho Penitenciário de Minas Gerais. Não esqueço uma visita que fizemos a um presídio em Ouro Preto e o quanto me impressionou o poder desmedido dos agentes prisionais. Quando chegamos ao pátio central, os presos estavam todos de costas dentro das celas, nas celas superlotadas, em que cabiam 10 detentos, havia 40, todos de costas. Aproximei-me de uma cela para conversar com um detento e o agente prisional me advertiu, exigindo distância. Então perguntei: Por que estão de costas? (todos enfileirados de costas) E a resposta: “doutor é o procedimento”. Aproximei para conversar com um deles, pedi para o preso virar de frente para mim, o agente prisional então me alertou sobre o risco daquela conduta. E, quando me aproximava mais da grade, o agente me afastava lembrando o tal procedimento. E, então, pude perceber que o que havia ali, e, isso ocorre possivelmente em todo o país, é um poder punitivo - a par de ser um poder punitivo oficial - que se institui, se estabelece à margem de qualquer sentido de controle de legalidade formal. Ontem mesmo, o jornal **O Tempo** noticiava a prática

da tortura como sendo endêmica numa penitenciária de Minas Gerais: na primeira página do jornal, a imagem de um detento com furos de ponta de cigarro de fora a fora em suas costas.

Então, pude perceber que mais do que o grande encarceramento que existe, e existe de fato, vivenciamos hoje a proliferação de uma manifestação desse poder punitivo que é estatal, não se pode dizer é paralelo, porque de paralelo não tem nada, mas, completamente, isolado de uma ideia de controle de legalidade formal, a mais simples ideia de legalidade, tendo em vista a presença endêmica da tortura em nossas prisões. Sempre lembrei a lição do professor Juarez Cirino – que também foi citada pelo professor Salo de Carvalho – sobre as armadilhas dessas reformas que apresentam uma cortina de Direito Penal mínimo, mas que, na verdade, são um reforço à ideia central de prisão. O professor Juarez Cirino, com a propriedade de sempre, alertava para a armadilha dos mecanismos legais de desprisionalização, ao afirmar que “os substitutos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua necessidade, mas a ratificam. São instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle com a possibilidade de reincarceramento, se a expectativa comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores.” Hoje, mais do que nunca, a ideia de prisão está reafirmada e essa sua expansão, esse Direito Penal vingativo, temperado com supostas propostas de defesa social, a qual é excludente, segregatória, essa ideia está mais reforçada do que nunca.

Nesse instante da história do Direito Penal brasileiro, isso precisa ser denunciado, exaustivamente falado. Como o professor Mauricio Dieter explanou: “o óbvio tem que ser gritado”, em certa medida como o faria, com certeza, o professor Heleno Claudio Fragoso que, em situações mais limítrofes, o fez. Pois bem, o Direito Penal se expande com a mesma lógica, o discurso retributivista, a **par de expressar uma suposta concepção de justiça talionária reveste-se de uma roupagem científica ao mesmo tempo antiga e ilusória, mas altamente convincente, enquanto retórica a do controle social plural pela coação psicológica individual face à neutralização, estigmatização do apenado e sua perene e contínua exclusão.**

Quer dizer, esse Direito Penal se manifesta através do fortalecimento da prisão e procura-se criar uma nova roupagem, uma cortina, repito, de modernidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem tudo a ver com isso. Na verdade, o que temos é que os substitutivos penais e também as supostas inovações expansionistas do Direito Penal são um reforço de uma concepção reinante já faz muito tempo, a concepção que o Direito Penal tem como missão a justa retribuição com propósitos de defesa social.

A proposta da responsabilidade penal da pessoa jurídica é falaciosa, é contraditória, não tem nenhuma consistência científica. Procuram justificá-la e, no final, todos dizem a mesma coisa. No meu livro, fiz o estudo de dois sistemas teoricamente autônomos propostos para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica: o primeiro, da professora Silvina Bacigalupo, da Universidade Autônoma de Madri, e o segundo, do professor David Baigún, da Universidade de Buenos Aires. Os dois professores consideraram que tinham criado um sistema próprio penal de responsabilização dos entes coletivos e, tento mostrar no meu livro, que, na verdade, ambos são mais do mesmo, ou seja, fundamentam a proposta de responsabilidade penal da pessoa jurídica na maior reprovabilidade ética social do Direito Penal se comparado aos demais ramos do Direito e, em uma ideia de modernização com supostas vias protecionistas de bens supraindividuais (meio ambiente, ordem econômica).

Esse tipo de justificativa não resiste a um estudo de caso concreto, como foi feito aqui no Rio de Janeiro, com o derramamento de óleo na Baía de Guanabara, 500 mil litros de óleo. Processo no qual a Petrobras foi condenada administrativamente ao pagamento de uma multa de 50 milhões de reais, que foi paga rapidamente. No meu livro, cito o cálculo que fiz sobre a suposta condenação criminal da Petrobras, na época. Se aplicado, todos os parâmetros máximos punitivos que se pode imaginar, a Petrobras pagaria algo em torno de um milhão e meio de reais, naquele tempo. Depois de 5 ou 6 anos de um processo criminal denso, talvez, esta multa penal seria paga pela empresa (nós já aguardamos durante 5 anos a conclusão dos autos para a manifestação do Plenário sobre um tema tão importante como a responsabilidade penal da pessoa jurídica!).

Quer dizer: um grande equívoco! A pena é a mesma! É, exatamente, a mesma. É tão ridiculamente a mesma que as sanções ditas penais são

repetidas enquanto sanções ditas administrativas, quer dizer, não tem o menor sentido, e, na verdade, no final e ao cabo, todas as propostas de responsabilização penal da pessoa jurídica vão desaguar no mesmo fundamento político-crimal: a ideia de expansão do Direito Penal de sua modernização baseada na proteção dos bens supraindividuais. Coloco, portanto, que essa proposta de responsabilidade penal da pessoa jurídica, premissa da qual parto para fazer uma análise do projeto de reforma do Código Penal, não é apenas inconstitucional por ofender diversos princípios constitucionais que eu citarei, mas é porosa, é inconsistente, é contraditória, é falaciosa, e, ao final, fala-nos de um velho modo de atuação de Direito Penal massivo-intervencionista, em que a força simbólica da sanção é o que justifica a sua aplicação.

Pois bem, em relação ao projeto, desde 1998, quando foi editada a Lei 9.605, pouca coisa se alterou, praticamente nada. O trabalho da comissão de reforma transcreveu, literalmente, os artigos que estavam na Lei 9.605/98 sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e essa transcrição foi tão acrítica, que alguns erros de técnica legislativa grosseiros foram repetidos, mostrando que foi - mais ou menos - um “copia e cola”.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, supostamente, se alicerça na chamada Teoria da vontade real, de Gierke. Na investigação que fiz sobre a temática, mostrei, e tentei comprovar isso no trabalho, que todas as propostas partiram do mesmo conceito central que estava em uma obra do professor Aquiles Mestre de 1930 e de outra, contemporânea a esta, ou seja, a obra do professor Afonso Arinos de Melo Franco. As duas obras citavam a transformação que havia na Alemanha, com a mudança da concepção de pessoa jurídica, como sendo um ente dotado de vontade real, e que isso deveria ter reflexo no Direito Penal, ou seja, essas obras partiram da premissa de que, como houve um fortalecimento do direito público na Alemanha e da noção de Estado, além da diferenciação de Estado e indivíduo, o que deveria gerar um efeito nos demais ramos do direito, no caso, o Direito Civil e até no Direito Penal. Essa multiplicidade de efeitos deveria decorrer da Teoria da vontade real, ou seja, a ideia de que a pessoa jurídica é uma entidade que tem vontade própria, distinta, separada da vontade das pessoas físicas que a compõem, que a constituem.

Então, esta questão levou, na segunda metade do século passado, ao surgimento de um certo questionamento do princípio *societas delin-*

quere non potest (a sociedade não pode delinquir) que, por sua vez, tinha sido uma decorrência, não da antiguidade, mas basicamente da modernidade do Direito Penal iluminista e da consideração de que o ser humano é o centro do Direito Penal. Nesse sentido, as propostas que vão surgir na segunda metade do século XX voltam à Teoria da vontade real e simplesmente mostram que a adoção dela no âmbito do direito público deveria ocasionar a sua adoção também no Direito Civil, e no Direito Penal. A partir daí teríamos a superação do principal entrave à responsabilização penal das pessoas jurídicas que é exatamente a imputação subjetiva – a ideia de vontade como atributo exclusivo do ser humano – sobre a qual toda a Teoria do delito foi construída, desde o causalismo.

Vejam como uma ideia de certa forma simples, provocou uma grande transformação no Direito Penal do mundo inteiro, pode-se dizer. Em vários colóquios, congressos internacionais de direito ambiental, passou-se a defender a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, afirmando a Teoria da vontade real e, também, a teoria da perigosidade criminal dessas corporações, desses entes coletivos, em relação a àqueles bens jurídicos supraindividuais. Então, a proposta não parte dos penalistas, do Direito Penal, a proposta não é uma necessidade, e nunca foi, do Direito Penal, passou a tentar ser fundamentada e justificada por penalistas. Mas é uma proposta que surgiu no direito público alemão e tem uma clara relação com a Segunda Guerra Mundial, isso praticamente ninguém comenta, a não ser a professora Silvina Bacigalupo que faz uma investigação histórica, precisa desta questão. Ela vai mostrar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica ressurgiu na segunda metade do século XX na Alemanha e não foi em decorrência do debate sobre o meio ambiente ou ordem econômica. Foi em função de que tal espécie de responsabilidade penal era adotada em uma área territorial alemã, que era a zona de ocupação aliada em território alemão, e que tal adoção foi para poder desarmar indústrias alemãs que estavam financiando o nazismo naquelas regiões.

Então, instituíram uma lei excepcional para vigorar durante a guerra, consagrando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois, assim, era mais fácil para fechar as empresas e desarmar o braço econômico do nazismo. Então, o Tribunal Constitucional Alemão passou a se deparar com essa temática, porque, depois de acabada a guerra, a lei era excepcional e os processos continuavam a ser julgados com base na lei do seu tempo e foi quando ressurgiu essa discussão da capacidade criminal dos

entes coletivos. Esse debate veio reforçar a discussão do *societas delinquere non potest*.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, portanto, não é uma necessidade Penal como muitos falam. O Direito Penal tem muito com o que se preocupar, como foi muito bem colocado por todos os penalistas. Quando exerci a minha função no Conselho Penitenciário, pude identificar, de fato, que essas mazelas penais são muitos graves. Precisamos reagir, nos organizar em forma de reação a esse punitivismo gerador do macroencarceramento.

Quero deixar muito claro que a proposta da responsabilização penal da pessoa jurídica não é uma proposta dos penalistas para o Direito Penal; é uma proposta que veio de fora, de um fortalecimento do direito público, da necessidade de expansão da Teoria da vontade real para dentro do Direito Penal. É de uma simplificação impressionante a tese de que o artigo 225 § 3º da Constituição Federal teria consagrado a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Quando eu estava fazendo o estudo desta temática, fiz uma investigação muito intensa sobre o histórico desse dispositivo constitucional. Eu conhecia a posição do professor Miguel Reale Junior no sentido de que o artigo citado não teria contemplado a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o pensamento de outros autores de que a consagração da capacidade criminal das empresas pela Constituição de 1988 era inegável. Passei a investigar a origem do art. 225, § 3º da CF. Primeiro, percebi o quanto é difícil desenhar-se a história da criação de uma lei. Tive essa oportunidade e fiz um estudo sobre todas as atas de reuniões da Comissão de meio ambiente da Assembléia constituinte que foi quem propôs a regra. Na verdade, a última redação aprovada na citada comissão sobre o artigo 225 § 3º dizia que “as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores às sanções previstas na lei”. Era, aproximadamente, esta a última redação proposta. Não houve nenhum debate sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica na Assembléia constituinte. Esta discussão nunca existiu ou pelo menos não foi registrada nos anais da Constituinte. É mais uma falácia afirmar que a Constituição de 88, de forma autônoma, independente, soberana, resolveu constituir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, cabendo ao legislador ordinário e à doutrina formatarem esse sistema. Não é verdade! A Faculdade Mineira de Direito

da PUC/Minas tem as atas das audiências da Assembléia Constituinte, o que permite a pesquisa. Como certa vez disse o ex-ministro Nelson Jobim falando do chamado “fantasma do Congresso Nacional”: entre a aprovação de um dispositivo legal e sua vigência, publicação e vigência, ocorrem alterações promovidas pelo tal “fantasma do Congresso”. Falou sobre isto em um voto, o que me faz recordar da responsabilidade penal da pessoa jurídica e do art. 225, § 3º da CF, pois a matéria não foi debatida, não foi consagrada no texto constitucional. O que suponho ter acontecido é que, na proposta, foi aprovada uma redação e, na Comissão de Redação e Sistematização, resolveram redigir um dispositivo ambíguo, dúbio, porque a norma parece querer ser didática então fala da responsabilização por danos ao meio ambiente e da sujeição dos infratores às sanções cabíveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Quer dizer, é aquela vontade de querer esclarecer tudo. Há sanções penais e administrativas. Veja bem, foi ali claramente uma proposta de tentar trazer uma clareza ao texto constitucional para fortalecer o meio ambiente, isto é, uma cláusula que reforça a premissa da responsabilidade por dano ambiental ou, então, foi obra do “fantasma do Congresso Nacional” que incluiu aquela redação duvidosa a pedido da bancada dos ambientalistas.

Dez anos depois surgiu a Lei 9.605/98 trazida para o projeto, basicamente a mesma, com algumas poucas alterações. Gostaria de lembrar que a Lei 9.605/98 baseou-se na Teoria da vontade real de Gierke, ao colocar no artigo terceiro, os requisitos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Primeiro ao exigir que deveria ser uma infração que tivesse origem em uma decisão de órgão colegiado ou de representante legal.

A imprecisão começa aqui. Porque – digo isso no meu livro – o que a Teoria da vontade real fala, não é que qualquer órgão colegiado ou representante é a vontade real da empresa. Pelo contrário, essa Teoria diz que determinados órgãos dentro de uma estrutura corporativa podem representar o pensamento do corpo coletivo, uma vez que pode-se ter um órgão colegiado sem representação da direção da empresa – cito sempre a CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) que é um órgão colegiado dentro de uma empresa e que não tem capacidade gerencial e diretiva nenhuma. Então, nesse instante começa o erro, o suposto equívoco. Mas, em tese, esse requisito consagra a Teoria da vontade real, além da exigência de que a decisão deveria visar a um interesse ou benefício da entidade.

Neste último requisito, trata-se de uma suposta inserção da Teoria da vontade real dentro do Direito Penal, o que também é um equívoco porque os tribunais passaram a entender que essa expressão indicava que a pessoa jurídica só poderia cometer crimes dolosos, não culposos, e, basicamente, os principais crimes contra o meio ambiente têm natureza culposa. Tal requisito subjetivo gerou dúvidas, quer dizer, a jurisprudência está debatendo se a responsabilidade penal da pessoa jurídica se aplica ou não aos crimes culposos. Quando, na verdade, o que o legislador ambiental quis fazer foi remontar à Teoria da vontade real dizendo que essa vontade real teria que ser identificada pelo interesse ou benefício da entidade. E é evidente que o que essa teoria não consegue superar, descortinar, é que a Teoria da vontade real nada tem a ver com o Direito Penal; os conceitos de dolo, culpa são conceitos próprios da Teoria do delito, não serão substituídos por uma adaptação fantasiosa, mentirosa, ilusória como tentou fazer o legislador ambiental de 98, e o fez muito mal, confuso, gerando perplexidade, gerando (pasmem) até impunidade que eles tanto temiam. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais ocorrem muitas absolvições das pessoas jurídicas porque as denúncias são ineptas, as condenações são sempre desprovidas de amparo com a legalidade formal, até da Lei 9.605/98. Gostaria de enfatizar, agora, uma contradição muito grande da proposta, porque a comissão que criou o projeto de reforma trouxe, o que para eles era a mais festejada inovação que é a introdução do parágrafo único do artigo primeiro do CP, dizendo: “não há crime sem culpabilidade”. Tive cuidado de ler a exposição de motivos e o texto festeja a responsabilidade penal subjetiva. Finalmente estamos declarando para todo mundo que a responsabilidade penal é subjetiva, não há crime sem dolo sem culpa e está claro agora que sepultamos a responsabilidade objetiva. Entretanto, revivem uma hipótese de responsabilidade penal objetiva que é a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ao fundamentar a capacidade criminal da empresa, a Exposição de motivos afirma que o Direito Penal tem a missão de proteger a sociedade e limitar o poder punitivo, o diálogo entre as duas missões é o perfil do Direito Penal. Afirma-se assim a necessidade de responsabilizar criminalmente as empresas em face da evolução da sociedade e, em seguida, afirma a expansão da capacidade penal das corporações para outros delitos, além dos crimes ambientais. Portanto, é uma proposta, que já possui uma certa porosi-

dade, uma falta de coesão, uma falta de clareza, porque sequer discute a responsabilidade penal subjetiva, o princípio da imputação subjetiva, tão questionado, e, ao mesmo tempo, tão festejado no artigo primeiro do projeto de novo Código Penal. Fica claro o recado político-criminal: era necessário fazer. E a partir de então trouxeram a responsabilidade penal da pessoa jurídica para dentro do Código Penal.

Estou muito à vontade para criticar o projeto de reforma porque fui convidado para fazer parte de uma comissão do Instituto de ciências penais, para elaborar propostas para o referido projeto cuja Parte Geral fiquei encarregado de analisar. Fiz 16 propostas e entregamos o trabalho ao professor Marcelo Leonardo que integrava a comissão. Todavia, somente foram analisadas as sugestões enviadas pelo Disque-Senado.

Enfim, o que mostra essa temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica é um completo descompromisso com uma orientação político-criminal libertária. A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi ampliada para os crimes contra a Administração pública, para os crimes contra a ordem econômica e também para os crimes financeiros, além dos contra o meio ambiente. Os autores do projeto afirmam que foi polêmica a ampliação, não houve unanimidade, mas chegaram à conclusão de que poderiam avançar em relação a outros bens jurídicos.

Ora, se o nascimento da proposta está no artigo 225 § 3º da CF, que é o que todos dizem, a autorização constitucional é para os crimes contra o meio ambiente, como agora consideram que também podem ampliar tal responsabilidade anômala para outros crimes, quando a norma em questão não faz tal ampliação? O sistema da dupla imputação consagrado no projeto é um absurdo. Vejam como a importação acrítica de determinados institutos geram problemas até de cunho prático: o sistema da dupla imputação foi criado no direito francês. Na verdade, a nossa Lei 9.605/98 tentou se inspirar, no Código Francês que é de 1995, com algumas mudanças. Mas, nesse caso específico, o sistema da dupla imputação nasceu no direito francês em que se faz distinção entre a possibilidade de imputação criminal da pessoa física e ao mesmo tempo a da pessoa jurídica. A proposta francesa era evitar a impunidade da pessoa física porque eles tinham preocupação sobre a questão do *bis in idem*, da dupla punição pelo mesmo fato; então fizeram este esclarecimento e daí surgiu o princípio da dupla imputação.

No projeto brasileiro, o dispositivo é absolutamente desfocado da ideia original do sistema da dupla imputação, porque fala apenas que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a da pessoa física quando autora, coautora ou partícipe do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização do dirigente ou gestor. Quer dizer, não dá para entender pois se a pessoa natural é autora, coautora ou partícipe, é evidente que ela deve responder em conjunto com a pessoa jurídica. Se ela não é autora, coautora ou partícipe é evidente que não há crime da pessoa jurídica porque não há, na origem, a chamada Teoria da vontade real que se imaginou construir pela via da novidade em exame. Então, trata-se de mais uma aberração jurídica que o projeto consagra pela importação avalorada dos institutos, no caso específico, do direito francês.

Outro dia, eu conversava com o professor Jean Cristhofer sobre o direito francês, como este é extremamente autoritário em termos penais. Conversávamos sobre a embriaguês ao volante, a decisão do STJ acerca do tema e ele comentou como é na Alemanha e na França a possibilidade da punição para aquele que se nega a oferecer o exame de sangue. Quero dizer, não tinha nada a ver essa importação acrítica, do modelo francês que é totalmente diverso do nosso Direito Penal.

Quando eu estava pesquisando para a dissertação de mestrado, escrevi um artigo sobre a denominada “Responsabilidade penal por Ricochete” que era a proposta formulada pelo professor francês Jean Pradel para que o dolo e a culpa da pessoa física fossem utilizados para fundamentar a condenação da pessoa jurídica. Mostrei, na ocasião, que, na verdade, a jurisprudência estava caminhando em sentido oposto ao entendimento do Professor Pradel, entendendo que a pessoa jurídica só poderia responder por crime doloso e não por crime culposos. Uma verdadeira confusão jurisprudencial.

O projeto afirma ter consagrado a individualização das penas também para a pessoa jurídica. Na verdade, foram previstas penas restritivas de direitos com caráter substitutivo. Ou seja, em um primeiro momento, o juiz tem que calcular a pena de prisão para a empresa e, só depois, promover uma substituição por penas próprias da pessoa jurídica. É um verdadeiro absurdo: o juiz vai ter que calcular pena de prisão para a pessoa jurídica para depois substituir por penas restritivas de direitos. Estará

o julgador, na sua difícil atividade judicante, realizando uma atuação completamente desprovida de racionalidade, isto é, aplicando criminalmente a mesma sanção que está prevista na Lei 9.605 como sanção civil, como sanção administrativa.

Vou concluir porque meu tempo está esgotado dizendo que não há nada de novo na proposta de responsabilização penal da pessoa jurídica, e mais do que isso, é um sistema trazido para dentro do Código Penal de manifesta incoerência, poroso, fragilizado, e que merece ser rechaçado por completo. Aguardamos que o Supremo Tribunal Federal cumpra o seu dever de julgar, que julgue a temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica e afaste, antes mesmo de eventual aprovação desse projeto de reforma do Código Penal, essa inovação que tem ares de modernidade, de contemporaneidade, mas que não é nada mais do que o velho e ruim Direito Penal retributivista excludente.

É necessário reagir, o avanço do punitivismo em nosso país tomou proporções alarmantes. O que desejo, como finalidade última, é sepultar para todo sempre, a deslegitimada prisão e o Direito Penal opressor que, gostaria de frisar, não desejo nem para ricos nem para pobres, se não para o silêncio contemplativo da História. Muito obrigado. ❖

Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal: o Caso do Anteprojeto de Código Penal

Prof. Dr. Salo de Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, ES).

01. Problema patológico das reformas penais (direito penal, processo penal e execução penal) no Brasil e em grande parte dos países ocidentais de tradição romano-germânica é o da *absoluta ausência de estudo prévio dos seus efeitos*. Notadamente nos casos de normas penais que direta ou indiretamente ampliam hipóteses de incriminação, como é o caso do Anteprojeto do Código Penal.

Invariavelmente as reformas nacionais ocorrem a partir de dois eixos centrais: (a) projetos para responder casos emergenciais (*v.g.* Lei dos Crimes Hediondos) ou (b) projetos baseados em sistemas dogmáticos idealizados por “notáveis” (*v.g.* Lei dos Juizados Especiais Criminais, reformas parciais do Código de Processo Penal).

No primeiro caso, o Legislativo, imerso em questões pontuais, realiza alterações/ inovações com objetivo de responder contingencialmente casos de grande repercussão. Nestes casos as leis normalmente são impulsionadas pela demanda punitiva, representando o que atualmente se denomina como política criminal populista ou populismo punitivo. No segundo caso, a tendência é a elaboração de projetos com maior ‘coerência’ em termos dogmáticos, ou seja, leis mais harmônicas com a estrutura penal e processual penal. A pretensão do Anteprojeto seria enquadrar-se no segundo modelo. No entanto, não consegue garantir coerência mínima com um modelo de direito penal ancorado na Constituição.

Em ambas as situações, porém, nota-se absoluta ausência de investigações empíricas que possibilitem projetar minimamente os impactos da nova lei no âmbito judicial e administrativo. Assim, a tradição legislativa brasileira tem oscilado entre o *populismo* e o *idealismo* punitivo, ou seja, entre leis penais de cunho meramente contingenciais e leis penais voltadas a preservação do ideal de harmonia e coerência do sistema jurídico-penal a partir de determinadas concepções dogmáticas e/ou político-criminais. Isto quando os projetos idealistas não são atropelados, durante o debate parlamentar, pelo discurso populista, inserindo elementos estranhos aos modelos originários e retirando a pretensa coerência auferida pelos notáveis.

Ocorre que, na maioria dos casos, os textos legais provocam alterações significativas no perfil do sistema punitivo sem que tenham sido projetadas suas consequências. Em relação aos substitutivos penais, as Leis 9.099/95 e 9.714/98 são exemplares.

Em termos macropolíticos, portanto, importante apontar para a necessidade de *estudo prévio de impacto político-criminal* nos projetos de lei que versem sobre matéria penal, mormente quando se trata de um projeto de Código que altera toda a estrutura normativa.

O *estudo prévio de impacto político-criminal* deveria não apenas vincular o projeto à necessidade de investigação das consequências da nova lei no âmbito da administração da Justiça Criminal (esferas Judiciais e Executivas), mas exigir exposição da dotação orçamentária para sua implementação. Assim, no caso do Anteprojeto que propõe a criação de novos tipos penais, o aumento de penas e a restrição ao sistema progressivo, imprescindível, para sua aprovação, uma exposição de motivos que apresente o número estimado de novos processos criminais que seriam levados a julgamento pelo Judiciário, o número de novas vagas necessárias nos estabelecimentos penais, o volume e a origem dos recursos para efetiva implementação da lei. Neste aspecto, a omissão do Anteprojeto é significativa.

Se a opção político-criminal dos Poderes Públicos é o aumento das penas e o recrudescimento das formas de execução, esta escolha deve impor deveres e responsabilidades.

Na esfera das finanças públicas, p. ex., existem importantes precedentes legais, como é o caso da Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece regras voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo constitucional. Assim como há exigência de responsabilidade fiscal dos gestores públicos, devem ser implementadas técnicas de responsabilidade político-criminal, notadamente pelo caos que vive o sistema carcerário brasileiro. Ação planejada e transparente, prevenção de riscos e desvios para que sejam cumpridos os ditames constitucionais e legais referentes à dignidade do réu e do condenado é o mínimo que se espera quando se tem como primeira opção o encarceramento. Do contrário, inexistente legitimidade possível na punição.

02. O art. 5º, XLVI da Constituição determina que a lei regulará a individualização da pena e aplicará, entre outras, (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) prestação social alternativa; (d) multa; e (e) suspensão ou interdição de direitos. Do rol constitucional referente às espécies de penas podemos extrair duas conclusões: (1ª) há previsão meramente exemplificativa, sendo, portanto, abertas possibilidades de outras sanções desde que respeitados os limites do art. 5º, XLVII; (2ª) há obrigatoriedade de resposta penal aos delitos.

As penas previstas no ordenamento não apenas deslocam a centralidade da privativa de liberdade como disciplinam que a própria privação de liberdade não implica reclusão carcerária, apesar da histórica associação. Não por outro motivo a Lei 9.714/98, ao alterar o Código Penal, regulamentou as penas restritivas de direito e criou modalidades sancionatórias distintas da prisão (*v.g.* prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana).

Caso exemplar é o da nova Lei de Drogas. Ao seguir o processo de diversificação e de descentralização da prisão como norte sancionatório, no momento de regulamentar a sanção ao delito de porte (e demais modalidades de condutas) de drogas para uso pessoal (art. 28, Lei 11.343/06), inovou em algumas importantes questões, possibilitando novas compreensões sobre o binômio crime-pena.

Em primeiro lugar rompeu com o histórico vínculo entre crime e pena privativa de liberdade; fato que levou, inclusive, alguns doutrina-

dores mais apressados a sugerir a descriminalização da conduta. A Lei 11.343/06 inovou ao fixar diretamente no preceito secundário penas não privativas de liberdade. A segunda alteração foi no que diz respeito à incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da pena de *admoestação* (art. 28, I), na modalidade *advertência* sobre os efeitos das drogas. Em terceiro, passo decisivo em direção à negação da centralidade do carcerário diz respeito à vedação expressa de qualquer tipo de encarceramento (cautelares ou definitivos) ao usuário de drogas (v.g. art. 28, §§ 2º, 3º, 4º e 16º e art. 48, § 1º).

A técnica utilizada parece ser absolutamente adequada e dimensiona estilo legislativo orientado à redução dos danos produzidos pela prisionalização e, sobretudo, ciente do alto poder de atração que exerce a prisão. Pelos resultados produzidos ao longo do século passado, parece notório que as cláusulas abertas e genéricas que facultam ao Judiciário o aprisionamento são, invariavelmente, mandatos em branco que geram como resultado concreto ampliação do encarceramento.

No entanto, o Anteprojeto, em sentido contrário ao preconizado pela Constituição, otimiza a lógica carcerocêntrica ao elevar as penas em abstrato, obstruir institutos descarcerizadores (livramento condicional e *sursis*, p. ex.), e criar tipos abertos que permitem ao juiz ampliar o tempo para progressão.

03. A incapacidade da Comissão em superar a obsessão do sistema punitivo pela pena carcerária traduz inúmeras faces da realidade do sistema punitivo nacional: o gozo explícito pelos suplícios e a vontade de punição; o temor pelo novo e a resignação com a lógica punitiva.

No entanto, parece fundamental repetir: as formas de resposta jurídica ao delito punível, no Brasil, estão distantes dos modelos idealizados. O cenário punitivo nacional não encontra correspondência com as motivações frequentemente expostas nas decisões que enviam e submetem as pessoas aos cárceres – discursos de prevenção geral ou especial, perspectivas disciplinadoras ou neutralizadoras.

Não é supérfluo lembrar que a indecência do sistema punitivo-carcerário brasileiro contemporâneo é exposta cotidianamente pelos meios de comunicação e pelos movimentos de defesa dos direitos humanos. A realidade da punição na estrutura jurídica brasileira parece assumir, sem

pudores, a posição de que determinadas pessoas simplesmente não servem, são descartáveis, não merecem qualquer dignidade, são desprezíveis e por isso são oficialmente abandonadas.

O Anteprojeto, em vez de propor alternativas reais ao problema do encarceramento nacional, legitima estas práticas de encarceramento massivo e cruel.

04. Qualquer projeto de reforma deve ter presente que as prisões que constituem o arquipélago punitivo brasileiro são efetivamente as nossas prisões – e não outras, idealizadas, como se percebe nos discursos punitivistas. E esta realidade prisional da vida crua é reflexo desta assustadora competência dos atores da política criminal em sempre (e cada vez mais) ofender a dignidade das pessoas e reduzir ao máximo sua condição humana.

O estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade. Diz da violência hiperbólica das instituições, criadas no projeto Moderno para trazer felicidade às pessoas (discurso oficial), mas que reproduzem – artificialmente, embora com inserção no real – a barbárie que a civilização tentou anular. Diz da falácia dos discursos políticos, dos operadores do direito e da ciência (criminológica), sempre perplexos com a realidade e ao mesmo tempo receosos, temerosos, contidos, parcimoniosos frente às soluções radicais (anticarcerárias), pois protegidos pela repetição da máxima da prisão como solução necessária.

A opção político-criminal exposta no Anteprojeto de Código Penal produz, como consequência natural de uma visão político-criminal punitivista, a ampliação do encarceramento e a relegitimação de um modelo que, na prática, aumenta os níveis de insegurança social.

Neste quadro, imprescindível, para que se tenha uma real dimensão dos problemas que se projetam com o Anteprojeto, que o Legislador tenha consciência dos impactos em termos de encarceramento e, antes de pensar em sua aprovação, analise o tema com responsabilidade político-criminal. ❖

Projeto de Código Penal. A Reforma da Parte Geral

Prof. Dr. Juarez Tavares

Pós-Doutor pela Universidade de Frankfurt am Main (Alemanha), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na qual é Professor Titular. Sub-Procurador-Geral da República.

Caro amigo Antônio Martins, que preside esta memorável sessão do Seminário Crítico da Reforma Penal, eminente Des. Paulo Baldez. Senhoras e senhores.

Gostaria de fazer um especial agradecimento à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por me convocar para esta missão, que reputo de extrema relevância. Digo de extrema relevância porque se destina a discutir um projeto de Código Penal que pode trazer graves consequências para a comunidade brasileira. Quero também agradecer ao Des. Paulo Baldez e ao Dr. Rubens Casara, que me incentivaram a aqui comparecer. Inicialmente, relutei em aceitar o convite, porque faço parte de uma comissão de concurso e me sentiria desconfortável de participar de um seminário na EMERJ, que é uma escola que se destina, de maneira precípua, à preparação para concurso.

Diante, porém, do objetivo de se constituir na EMERJ um seminário crítico do projeto do Código Penal, aceitei imediatamente a ideia de aqui comparecer e de figurar como seu coordenador. Igualmente, gostaria de fazer uma homenagem àqueles amigos que estão presentes no evento e faço-a na pessoa do meu amigo, Prof. Juarez Cirino dos Santos, com o qual tenho convivido durante muitos anos, na faculdade, depois da faculdade, na vida profissional, enfim desde nossa vida acadêmica até hoje. Na pessoa do Prof. Juarez dos Santos, saúdo todos os presentes e participantes do seminário.

Antes de tratar da matéria relativa ao projeto do Código Penal, devo ainda prestar outra homenagem. Há algumas pessoas que deram uma contribuição notável à discussão desse tema, ao iniciarem uma crítica percuciente ao projeto de Código Penal. Aqui cabe uma homenagem

a essas pessoas: Luís Greco, Alaor Leite, Gustavo Quandt e Paulo Busato, que escreveram na **Revista Liberdades** do IBCCrim críticas contundentes ao projeto. Com essas críticas, prestaram eles um serviço relevantíssimo à comunidade jurídica e ao direito brasileiro. Há muito tempo, o direito brasileiro vem se deteriorando por conta de uma simplificação cada vez maior dos institutos e também por força de um conglomerado de livros, artigos e publicações que se dedicam a aplicar à doutrina penal aquilo que a jurisprudência, ainda não estratificada, vem disseminando Brasil afora. Parece que essa influência predominante da jurisprudência sobre a doutrina brasileira vem solapando as bases humanistas do direito, levando-o a um deserto de concepções críticas, a desconstituir as premissas que buscam assentar a interpretação das normas penais em face da proteção de direitos fundamentais.

Dessa forma, parece-me que essas publicações, que apenas reproduzem enunciados da jurisprudência, formulados com base no fato concreto, não estão adequadas, na maioria das vezes, a servirem de parâmetro para uma específica reflexão jurídica. Por serem incertos e casuísticos, os enunciados estão muitas vezes em contradição com as premissas que a doutrina tem fixado como essenciais à configuração do direito penal. No dia 11/09/12, na inauguração deste seminário, o Prof. Juarez Cirino dos Santos traçou os parâmetros essenciais da ciência penal. Disse ele, de modo percuciente, que o direito, segundo o pensamento de Sandro Baratta, constituiria a ideologia do sistema capitalista. Essa assertiva induz a uma profunda reflexão. Fazendo um retrospecto sobre a questão da ideologia, posso também dizer que essa expressão “ideologia” nasce no século XVIII com De Tracy para indicar o conjunto de condições pelas quais se poderia ter uma compreensão das leis naturais. Inaugurava-se, portanto, no campo da filosofia, a contribuição no sentido de explicar como as leis naturais deveriam reger a comunidade.

Dessa forma, o conceito de ideologia, visto como condição para fundamentar a criação de leis naturais, ou possibilitar a explicação dessas leis, se projetou no século XIX e, de modo muito eficaz, passou a fazer parte do empreendimento de compreender o sistema político vigente, a partir das condições que geravam a ideia acerca desse sistema. Parece claro que à medida que a geração de ideias corresponde, na verdade, a alguns requisitos empíricos que lhe servem de base, essa gestação de ideias não poderia se desvincular das condições materiais da vida social, principal-

mente daquelas condições materiais de produção, das chamadas relações de produção, ou relações de classe. Assim, é impossível conceber-se uma ideologia sem estar associada a uma concepção de sociedade baseada naquela divisão das categorias sociais antagônicas que compõem o quadro das relações de produção.

É impossível esclarecer acerca do direito sem promover sua vinculação a esse conceito de ideologia, que está presente no complexo da formação social capitalista. Portanto, a análise que o Prof. Juarez Cirino dos Santos fez, mostrando que efetivamente o direito constituiria a ideologia do sistema capitalista, é perfeitamente correta. O direito representa justamente uma proposta de racionalização daquelas condições materiais frutificadas nas relações de produção. Isso conduz a que o direito, ainda que alguns autores o edifiquem como monumento cultural, sempre esteve a serviço da manutenção desse tipo de formação social. O direito, portanto, está imbricado de tal forma na formação social capitalista que não pode frutificar, a não ser como modalidade de racionalização do sistema, ou seja, como sua ideologia, para, assim, sustentá-lo politicamente. Essa é a concepção que tenho da ideologia.

Por outro lado, se o direito é uma forma ideológica do próprio sistema capitalista, é também o direito que faz com que a pena se caracterize como espécie de ideologia desse próprio sistema. A pena não é apenas a resposta que se dá à prática de uma infração penal; a pena incorpora nessa resposta uma ideologia, no sentido de basear sua racionalização na ideia de que é necessária. Portanto, a discussão em torno da necessidade da pena nada mais é do que uma forma de racionalização, pela qual se pretende justificar sua imposição como algo socialmente indispensável, porque inerente à própria formação social. Assim, entre pena, direito e sistema social capitalista não há ruptura, há uma assimilação ascendente cada vez maior, cada vez mais presente.

A partir dos enfoques trazidos à baila pelos conferencistas, principalmente, por Maurício Dieter, pudemos ontem observar como essa racionalização da imposição da pena mais solidifica o poder e mais sedimenta as bases injustas sobre as quais esse poder se fundamenta. Aí está a primeira abordagem de uma crítica ao sistema penal e ao próprio projeto. Pelo ângulo de seu complexo ideológico, sob o qual se enunciam as razões que justificam a formulação das normas penais, pode-se compreender o significado e o alcance das incriminações.

Outro aspecto importante para levar em conta, antes da manifestação concreta sobre as normas que compõem a parte geral do projeto de código penal, é a necessidade de ressaltar o papel da dogmática penal. Afinal de contas, para que serve a dogmática penal? Há algumas propostas de conceber a dogmática penal como um conhecimento descomprometido com qualquer viés ideológico ou qualquer manifestação de poder. Como consequência, haveria uma ruptura entre a dogmática penal, de um lado, e o sistema penal, de outro. A dogmática penal representaria um conjunto de conhecimentos destinados a proteger a pessoa humana diante do poder punitivo do Estado, e o sistema punitivo daria corpo aos elementos do poder punitivo. Parece, porém, que essa é uma falsa reflexão sobre o papel da dogmática penal. A dogmática penal não é um conjunto de conhecimentos coerentes e sistemáticos, ainda que delimitativos do poder de punir. A dogmática só pode legitimar-se se desempenhar uma função crítica. O papel da dogmática legítima tem que ser sempre um papel crítico. Ela não tem outro papel, até porque qualquer outro papel seria um papel de comprometimento com o sistema, seria um papel de racionalização do sistema por meio de artimanhas e de procedimentos lógicos nem sempre esclarecidos.

Qual é o papel que se deve assinalar à dogmática penal quando se faz uma crítica ao projeto? É o papel de esclarecer, primeiramente, acerca de seus objetivos latentes ou não declarados, que são aqueles objetivos reais do processo de punição instituído no sistema vigente; depois, o papel de demonstrar como a ocultação desses objetivos reais se envolve no processo de sua racionalização e contribui para a manutenção do sistema. Essa é a realidade que a dogmática penal deve apontar, esclarecer e colocar no devido lugar para mostrar exatamente o que o projeto representa. O projeto não é produto de uma ciência neutra e nem é o projeto de uma lei neutra, mas, sim, um projeto comprometido com a ideologia da pós-modernidade ou do capitalismo tardio, que camufla os verdadeiros significados da punição sob o pálio de inovação e teorias indefinidas.

Independentemente dessas ideias iniciais, analisemos o projeto em sua substancialidade, ou seja, em termos lógicos e em termos dogmáticos, em confronto com as teorias do direito penal em geral. Afinal de contas, estamos fazendo uma crítica a um projeto de código penal que está colocado em votação no Senado Federal e que poderá ser levado a efeito, inclusive com consequências gravíssimas e desastrosas para a sociedade

brasileira. Precisamos proceder aqui a uma crítica mais pormenorizada de suas normas, de tal modo a demonstrar sua incongruência intrínseca, teórica e lógica. Igualmente, para pôr à mostra sua irracionalidade. Se o projeto constitui uma forma de ideologia, uma forma de racionalização do poder penal, pode-se dizer que até nesta forma ideológica é ele ilógico. Nem mesmo os objetivos perseguidos pelo projeto são alcançados no próprio projeto.

Na dogmática penal segue-se a tradição, que se compôs desde Feuerbach até os nossos dias, de desenvolver essa forma de ideologia, que é o direito penal, mediante a conjugação de elementos cada vez mais precisos, de modo a conferir à expressão de sua racionalidade um contorno perfeitamente compreensível. Essa forma de racionalidade ou racionalização está hoje muito bem representada na nova filosofia do discurso jurídico punitivo. A instituição do discurso jurídico pós-moderno serve ao propósito de representar a compreensão da realidade, de um lado, consoante os elementos empíricos que lhe servem de substrato, e de corrigir o próprio sistema, de outro. Assim, o discurso jurídico está composto de duas parcelas importantes: uma, de compreensão da realidade, e outra, de correção do próprio sistema normativo. Mediante essa divisão de tarefas, quer-se dar a impressão de que efetivamente o discurso jurídico de compreensão da realidade está ajustado àquele sistema jurídico de sua correção, quer dizer, busca-se fundamentar ou legitimar a correção do sistema normativo por meio de uma atenção aos elementos empíricos da realidade. Claro que a compreensão da realidade deve ter como referência elementos empíricos, mas estes não são suficientes para legitimar o sistema, para afirmar sua correção. A compreensão da realidade e a correção do sistema estão vinculadas diretamente ao discurso jurídico, o qual se manifesta nas leis e agora no projeto de código penal.

Sendo assim, como que se dá essa compreensão? E como se dá essa correção do sistema jurídico no projeto de código penal? Convém observar, primeiramente, que a Parte Geral do Código Penal foi profundamente alterada. Foi alterada em todos os níveis: no tocante à aplicação da lei penal, no tocante à teoria do delito e também em relação à própria pena. Vou dedicar o estudo exclusivamente à parte relativa à teoria do delito, sem adentrar na regulação da pena. Ontem, de maneira exaustiva, os conferencistas praticamente destroçaram o projeto em face das perspectivas humanistas que poderia conter, mostrando exatamente o con-

trário, que o projeto é antagônico aos interesses individuais e ao Estado Democrático de Direito e, principalmente, antagônico à perspectiva de uma potencialização da pessoa humana. Deixemos de lado essa análise e fixemo-nos exclusivamente nos pontos fundamentais da aplicação da lei penal e da teoria do delito.

Na aplicação da lei penal, as questões começam a suscitar indefinições e perplexidades. A primeira grande perplexidade diz respeito à homologação de sentença penal estrangeira para produzir efeitos no Brasil. Assim, disciplina o projeto a matéria:

Art. 10. A sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil para produzir os mesmos efeitos de condenação previstos pela lei brasileira, inclusive para a sujeição à pena, medida de segurança ou medida socioeducativa e para a reparação do dano.

§1º A homologação depende:

a) de pedido da parte interessada;

b) da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça ou da Mesa do Congresso Nacional.

§2º Não dependem de homologação as decisões de corte internacional cuja jurisdição foi admitida pelo Brasil.

E aqui, Prof. Juarez Cirino, está a mais evidente demonstração de como os casos concretos, políticos, influenciam a configuração da lei penal e como os casos concretos, políticos, não só influenciam, mas determinam a utilização do discurso penal em torno da racionalização do sistema para fortalecer a punição e não para defender a pessoa humana. A compreensão da realidade empírica, a consideração de um fato, procura alicerçar a correção do sistema normativo. A sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil, segundo o projeto, para produzir os mesmos efeitos da condenação previstos pela lei brasileira, inclusive para a sujeição à pena imposta por tribunal estrangeiro. Por que foi prevista esta forma de execução da pena aplicada no estrangeiro em território brasileiro

a autores originariamente vinculados ao tribunal estrangeiro? Por exemplo, um estrangeiro comete um crime na Itália e se transfere ao Brasil, o qual, por sua vez, não concede a extradição pedida pelo governo italiano. Pelo projeto, a sentença italiana poderia ser executada para que o italiano cumprisse a pena nas prisões brasileiras. É a primeira vez que se pretende fazer isso.

E por que se pretende fazer isso? A explicação é muito simples: por sugestão de um caso concreto, do caso Battisti, porque Battisti, além de ter sido beneficiado pelo asilo político, não teve sua extradição executada pelo governo brasileiro, apesar de concedida pelo Supremo Tribunal Federal. O ato governamental de executar ou não a extradição é ato político, inserido como expressão de soberania. Uma vez não executada a extradição, Battisti permaneceu no território brasileiro sem cumprir a pena a que fora condenado na Itália. Agora, por essa fórmula sub-reptícia, o projeto de código penal pretende impor ao governo brasileiro a decisão de mandar que se proceda, no Brasil, a execução dessa pena.

Pretende-se, assim, levar ao extremo o velho princípio de *aut dedere aut judicare*, sem se importar com as diversidades dos sistemas jurídicos. Praticamente, as garantias que se tinham em conta para a verificação acerca da validade da extradição caem por terra. A pessoa submetida a esse procedimento está diante de uma decisão simbólica de proteção de seus direitos, que nada protege, que apenas dá vazão ao sentido punitivo do sistema.

Lembro-me de um caso interessante, quando eu era estudante de direito na Universidade Federal do Paraná, juntamente com o Prof. Juares Cirino dos Santos. Discutia-se, na época, se uma autoridade paraguaia poderia solicitar ao secretário de segurança pública do Paraná, mediante ofício, que se executasse no Brasil a pena imposta a um paraguaio que fora condenado no Paraguai, mas que passara a residir em Curitiba. De conformidade com o Código Penal de 1940, ainda em sua redação originária, isso seria impossível, como é até hoje. Lembro-me de meu professor, Alcides Munhoz Neto, um notável penalista, que asseverava ser inconteste a regra do código, ainda que o paraguaio fosse um cidadão aparentemente indesejável ou que houvesse cometido crime grave em seu país de origem. Se a proposta do projeto vingasse, a pretensão paraguaia poderia ser atendida, claro, não mediante um procedimento tão desburocratizado, mas observando-se a homologação da sentença pelo STJ.

Aparentemente, tudo é muito correto, mas podem surgir alguns problemas. Qual é afinal a lei aplicável na execução: a lei brasileira ou a lei paraguaia? Suponha-se que no Paraguai se promulgue uma lei que atenuar ou diminua a pena. Aplica-se esse benefício no Brasil? Caso a execução se reger pela lei paraguaia, deverá o juiz brasileiro verificar, constantemente, pela internet ou por outros meios de comunicação, acerca de qualquer alteração na lei estrangeira que possa beneficiar o réu. Poder-se-ia dizer que isso deveria ser alertado pelo defensor do condenado. Ocorre, porém, que o juiz é obrigado, de ofício, a proceder a uma reavaliação da execução, quando surgir qualquer benefício ao condenado. Por outra parte, se a execução se reger pela lei brasileira, fica sem resposta a indagação acerca de como se proceder quando a lei estrangeira for mais benéfica ao condenado. Ademais, independentemente da alteração benéfica da legislação, como será regulado o livramento condicional? O projeto excluiu o livramento condicional, mas manteve a progressão de regime. Então, como se regula a mudança de regime? E se o tribunal estrangeiro entender que a condenação a um determinado crime sujeita o condenado ao regime aberto, mas a lei brasileira prever que se lhe deva submeter ao regime semiaberto, ou fechado? Essas regras não foram traçadas no projeto, mas deveriam ser.

Há uma situação de conflito constante entre a lei estrangeira e a lei brasileira, que torna inviável esse tipo de execução da pena. Mais grave do que isso é o fato de que a imposição de execução, no Brasil, da pena imposta por tribunal estrangeiro, salvo se houver acordo ou tratado entre os dois países, constitui um atentado à soberania do país e uma extensão indevida da jurisdição estrangeira ao território brasileiro. O Brasil não pode executar a pena imposta por um tribunal estrangeiro, unicamente como forma de dar sequência à punição. A pena imposta no exterior corresponde a uma ordem jurídica determinada, vinculada a valores e condições diferentes do que se consigna no Brasil. Daí a necessidade de que isso deva vir associado a um tratado específico entre os dois países, no qual sejam consideradas as particularidades de cada ordem jurídica, seus limites e comandos. Não basta, como faz o projeto, que haja tratado de extradição entre o Estado estrangeiro e o Brasil. Será possível que mediante uma lei se estenda a jurisdição estrangeira ao Brasil? A execução da pena imposta por tribunal estrangeiro não se confunde com as consequências que a sentença estrangeira possa produzir no Brasil. A execução da pena com-

preende já um ato de soberania. Por sua vez, a análise do conteúdo de uma sentença estrangeira diz respeito a tomá-la apenas como fato, que pode ou não influir na convicção do julgador brasileiro.

O projeto prevê também que a sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil para a imposição de medidas socioeducativas. A medida socioeducativa se estende preferencialmente aos adolescentes, mas o Código Penal não pode disciplinar medidas destinadas a adolescentes, que se regem por estatuto próprio. Aqui novamente nos defrontamos com um problema: há sentenças estrangeiras que impõem medidas socioeducativas não existentes na legislação brasileira. Como essas medidas socioeducativas estrangeiras devem ser executadas no Brasil? Como se deve proceder à sua adaptação às medidas brasileiras? Embora algumas medidas sejam semelhantes, muitas delas implicam violação de direitos fundamentais, como a *Sicherungsverwahrung* alemã, que restaura o sistema do duplo binário.

No artigo 9º se reproduz a mesma norma do vigente código penal.

Art. 9º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Embora aparentemente clara, essa norma é de difícil compreensão. Sobre isso jamais foram tecidos esclarecimentos convincentes. A doutrina costuma simplesmente repetir as palavras da lei. O projeto deveria dizer o que significa a expressão penas “diversas” ou penas “idênticas”. A diversidade não pode ser aferida pela quantidade, mas sim pela qualidade. Ademais, nem sempre a diversidade de qualidade exclui a possibilidade de comutação. Uma pena é idêntica em que sentido? Quais são os parâmetros da identidade? Por outro lado, unificaram-se as penas de reclusão e de detenção. Isso parece conduzir a sedimentar a identidade apenas na quantidade. Mas o critério quantitativo é absolutamente incompatível com um significado valorativo. O projeto mantém a diversidade qualitativa e, ao mesmo tempo, impossibilita sua aplicação. Uma contradição incontornável.

O mais grave nessa regulação da aplicação da lei penal, além da proposta política de sedimentar normativamente questões práticas que

foram levadas a efeito por um caso concreto, é aquela relativa aos chamados critérios de solução para o concurso ou conflito de normas.

Há sempre a expectativa de que a lei penal contenha expressões corretas, claras, que possam ser compreendidas imediatamente por todos. Parece, contudo, que o projeto de código penal não atendeu a essa expectativa. Quando procurou regular o conflito de normas, caiu em contradições e violou, de uma maneira muito direta, lições consolidadas da doutrina penal. Veja-se o que dispõe o art. 12, § 2º, do projeto:

Consumção criminosa

§ 2º Não incide o tipo penal meio ou o menos grave quando estes integram a fase de preparação ou execução de um tipo penal fim ou de um tipo penal mais grave.

§ 3º Não incide o tipo penal relativo a fato posterior quando se esgota a ofensividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal anterior mais gravoso.

Simplemente, o projeto confunde as coisas, porque conjuga como consunção não apenas o que a doutrina trata mesmo como consunção (§ 3º), senão também aquilo que a doutrina no mundo inteiro chama de subsidiariedade (§ 2º). Há aqui uma profunda divergência entre o entendimento daqueles que fizeram o projeto e os ensinamentos tradicionais da doutrina penal universal. Não precisava ir longe: bastava ler o livro do Prof. Juarez Cirino dos Santos e ver que o art. 12, § 2º confunde consunção e subsidiariedade. Aos leigos, isso poderia parecer uma clarividência do projeto, mas não é. É erro dogmático. Um fato que é etapa de realização de outro (ou de execução, como diz o projeto), não importa a finalidade perseguida pelo agente, é subsidiário desse outro. A consunção se dá em outro contexto, quando o fato for eventualmente usado como meio e possa ser abrangido pelo tipo do crime fim, de tal modo que possa ser objeto de único juízo de valor. Na consunção, faz-se um juízo de valor da relação entre meio e fim para estabelecer uma ponderação em torno da lesão de bem jurídico. Nessa ponderação, verifica-se se o tipo pode também alcançar o crime meio. Isso se dá no chamado fato coparticipativo (Begleitatt). Na subsidiariedade, há uma variação de intensidade: o ato se desenvolve em etapas, agravando a lesão do bem jurídico.

Examinemos, agora, com mais vagar a questão do fato punível. Tiago Joffily já demonstrou, na sua conferência inicial, a incongruência da redação relativa ao princípio da ofensividade. Não vamos entrar nesse aspecto. Vamos apenas tratar de outro aspecto: o parágrafo único do artigo 14.

Diz o projeto:

Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo.

Os membros da comissão dizem que esse parágrafo único constitui um dos avanços mais significativos do projeto e da futura legislação brasileira, porque busca introduzir entre nós os critérios de imputação objetiva de Roxin. Interessante que Roxin, que é, sem dúvida, o maior penalista do mundo, não conseguiu incorporar seus critérios ao próprio Código Penal alemão. E nem se importou muito com isso, porque sabe que a lei não deve tratar exaustivamente de critérios ainda em evolução.

Mas o projeto, claro, com o objetivo de renovar a doutrina e a legislação, quer incorporar os ensinamentos de Roxin ao Código Penal. Isso seria uma maravilha, se fosse possível e fosse produto de uma redação correta. Sou adepto da Teoria da Imputação Objetiva e fui o primeiro a tratá-la no Brasil quando da primeira edição do Direito Penal da Negligência, fato que foi reconhecido por Luís Greco. Naquela época, o sistema proposto por Roxin ainda não estava totalmente desenvolvido. Mais tarde, assimilei os critérios de Roxin e os uso dentro do quadro da imputação, já na Teoria do Injusto Penal. Mesmo assim, tenho constrangimento em propor sua incorporação ao Código Penal, porque, como se trata de critérios normativos, podem sofrer novas avaliações da doutrina jurídica. A doutrina penal, que está, hoje, sedimentada, por exemplo, no aumento do risco, poderá mudar amanhã, pois as reflexões são intermináveis, assim como a música, cujos acordes são infinitos. Poderá haver uma modificação estrutural desses critérios de imputação objetiva. Nem sempre é salutar que

critérios, hoje dominantes ou preferentes, mas que se modificam todos os dias, venham a ser inseridos em um código penal. O projeto buscou acolhê-los, mas fê-lo de forma imperfeita, ou melhor, errada.

O ensinamento de Roxin não foi adotado de maneira definitiva e correta; foi traçado indevida e incorretamente. Vou ler novamente o dispositivo, o qual diz o seguinte: “o resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo”. Primeiramente, há uma manifesta redundância: “tipicamente relevante” e “dentro do alcance do tipo”. Claro, se é tipicamente relevante só pode estar dentro do tipo; onde estaria? Que linguagem escorreita! Há outro caso também gritante de erro de linguagem. No projeto está assim redigido o § 1º do art. 12:

Art. 12. Na aplicação da lei penal o juiz observará os seguintes critérios, sem prejuízo das regras relativas ao concurso de crimes:

§ 1º Quando um fato aparentemente se subsume a mais de um tipo penal, é afastada a incidência:

a) do tipo penal genérico pelo tipo penal específico;

b) dos tipos penais que constituem ou qualificam outro tipo.

Observem a linguagem: “quando um fato aparentemente se subsume a mais de um tipo penal”. Ora, o verbo subsumir se conjuga como o verbo sumir. Não é “subsume”, mas, sim, “subsomes”.

O texto diz que a imputação deve decorrer da criação ou do incremento do risco. A primeira tarefa do intérprete será a de distinguir entre criação e incremento. Se analisarmos bem o que significa incrementar e criar, iremos verificar que são expressões sinônimas. Incrementar é criar; criar ou incrementar dá no mesmo. Incrementar não é sinônimo de aumentar. Parece que o projeto queria dizer “criar” ou “aumentar”, e usou expressões incorretas. Incremento do risco ou criação do risco é a mesma coisa. O erro é fruto da má tradução da obra de Roxin, que fala em “Risiko schaffen”, que dá lugar à criação do risco. Muitos autores, ao traduzirem “schaffen”, buscam também explicar seu significado e se valem das expressões “criar” e “incrementar”, como expressões sinônimas, dentro de um processo interpretativo. Há outra questão linguística, um pouco con-

trovertida, aquela relativa ao que o projeto chama de “aparatos organizados de poder”. Embora essa expressão se venha generalizando, aparato, em português castiço, é sinônimo de adorno ou de material acessório, ou até mesmo de organização, mas não de aparelho. Usar aparato como aparelho constitui espanholismo. Quando se fala de “aparato militar”, por exemplo, está-se querendo expressar a existência de “material militar” ou de um conjunto de materiais que tornam uma tropa mais aguerrida ou capaz de enfrentar o inimigo com eficiência e que, por metonímia, se estendem à própria tropa. Uma tropa militar sem os materiais próprios, como armas e munições, não pode ser chamada de aparato. Os materiais acessórios são tão importantes que contaminam a própria expressão da tropa. Os espanhóis usam essa expressão no direito penal porque a palavra é espanhola e torna compreensível naquele idioma o que se quer comunicar, mas não em português.

Além do mais, fala-se do “risco tipicamente relevante”. Não é o risco tipicamente relevante, é o risco juridicamente relevante, ou não autorizado. Não tem sentido compor-se a imputação objetiva com base no risco tipicamente relevante. O que poderia ser tipicamente relevante seria a causalidade, conforme se adotasse a tese de Beling de uma causalidade típica, mas não o risco, e isso, principalmente, em alguns tipos nos quais se subordina o resultado a certas formas de produção. O risco não é tipicamente relevante. Por exemplo, há vários riscos que são violados na vida diária e que não são típicos. Desatender a um sinal vermelho constitui um risco juridicamente relevante, mas não é típico. Ninguém é punido pela lei penal por passar um sinal vermelho, a não ser que haja um acidente, mas, então, o problema não reside mais no risco e sim em sua realização no resultado típico. Ao passar um sinal vermelho, o condutor não realizou uma conduta típica, embora tivesse violado um risco autorizado. Que risco típico é este? É o risco juridicamente relevante. Há uma norma de cuidado, não típica, não penal, que disciplina a atenção aos semáforos por parte dos condutores de veículo. A violação dessa norma inaugura um risco, mas não caracteriza por si mesma a realização de um elemento típico. É indispensável que se retifique imediatamente a redação do dispositivo: o risco não é tipicamente relevante.

Por outra parte, há o problema relacionado ao chamado alcance do tipo. Essa teoria do alcance do tipo é muito relevante, e eu a adoto. O Prof. Juarez Cirino dos Santos também a adota. Mas a teoria do alcance do

tipo está muito associada à teoria dos fins da norma penal. Consequentemente, o que esta teoria quer, na verdade, é esclarecer acerca daquelas hipóteses de auto ou heterocolocação em perigo, ou da assunção de responsabilidades por decorrência do próprio exercício funcional, como do bombeiro, do policial, do guarda-vidas.

Essa questão do alcance do tipo está associada ao critério da autorresponsabilidade. Há um princípio da ordem jurídica em geral, que não é do direito penal, de que, quando alguma ação subsequente está associada à autorresponsabilidade de alguém, não se pode responsabilizar o outro por haver dado causa a essa ação ou omissão. Se eu tenho o dever de atuar, não vou responsabilizar outra pessoa em meu lugar. Esse é o princípio da autorresponsabilidade. Esse princípio contamina a questão da imputação objetiva. Para se colocar na lei a referência ao alcance do tipo seria preciso também esclarecer melhor sobre como a autorresponsabilidade se edificaria em termos penais. O Prof. Cláudio Brandão, que nos honra com a presença, jovem titular da Universidade Federal de Pernambuco, tradicional Faculdade de Direito de Recife, onde lecionavam Aníbal Bruno, Rui Antunes e outros, manifesta, em seu livro *Tipicidade Penal*, que a questão da tipicidade está associada a um tipo de silogismo indefinido, no qual a premissa maior é sempre resultante de uma argumentação que tem sua limitação nos dados descritivos do fato que está definido na lei. Uma argumentação jurídica não pode se resumir, assim, a indicar elementos genéricos, como o alcance do tipo. Deve esclarecer melhor como esse elemento deverá limitar a imputação. Caso contrário, o enunciado legal de nada serviria ao intérprete, que só poderia decidir acerca de seu alcance em face do fato concreto. A referência ao alcance do tipo, em virtude de sua imprecisão terminológica, constitui, como está, uma cláusula puramente programática sem utilidade.

O artigo 15 do projeto dispõe o seguinte:

Art. 15. Considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Com isso, mantém-se a teoria da condição. Mas agora, em vez de falar-se de ação ou omissão, fala-se de conduta, o que significa pressupor uma diferença substancial entre conduta e omissão. É como se a omissão não fosse uma conduta. Omissão é, todavia, uma forma de conduta. Por

outro lado, querendo ser mais moderno, o projeto de código penal dispõe ainda o seguinte no art. 17, parágrafo único:

Parágrafo único. A omissão deve equivaler-se à causação.

Afora a utilização de um verbo reflexivo impróprio, vê-se que o projeto se confunde. Conjugando-se o parágrafo único do artigo 17 com o artigo 15, temos a conclusão de que, efetivamente, quando o projeto do Código Penal fala de conduta, não se refere à omissão. Por outro lado, busca basear-se na cláusula da equivalência entre ação e omissão para suprir a ideia da causalidade na omissão.

Há um ponto fundamental que deve ser, aqui, esclarecido. A cláusula da equivalência apresenta alguns problemas, quase que insolúveis. Essa cláusula pode vir contida em um projeto de código penal, mas para isso é preciso que se lhe agreguem outras condições. A cláusula da equivalência, por si só, não é suficiente para suprir o déficit de causalidade na omissão. Por que não há uma equivalência, pura e simples? Por que essa equivalência não é suficiente? A cláusula da equivalência entre ação e omissão é produto do direito italiano, está contida no art. 40 do Código Rocco, da época do fascismo.

Aliás, nas discussões em torno do projeto de código penal havidas na audiência pública do IBCCrim, uma das coisas que mais escutei do relator geral da comissão foram imprecisões ao código brasileiro, como código fascista de 1940. Contudo, o projeto acolhe várias disposições do código fascista italiano de 1930. Quer dizer, o projeto é mais fiel ao modelo fascista originário. Assim, no código italiano de 1930, que entrou em vigor em 1932, se consigna, no art. 40, a causa da equivalência. Sabem por quê? Para possibilitar a punibilidade dos atos omissivos, para justificar o déficit de legalidade dos crimes omissivos. Como esses crimes não estavam dispostos na Parte Especial do Código Penal, foi instituída uma cláusula geral de equivalência na Parte Geral para ajustar a punibilidade da omissão a uma suposta legalidade. Mas isso é insuficiente. A omissão é diferente da ação, e a cláusula de equivalência só terá sentido se for disposta como elemento delimitativo de sua punibilidade.

Tiago Jofilly, que foi meu orientando na UERJ, desenvolve, na sua tese de doutorado, o argumento de que não existe crime sem resultado. Na discussão de sua tese, perguntei-lhe o seguinte: será que a omissão em geral é universal? A resposta é uma só: não é. Há normas penais que

são universais, como a norma do homicídio. Matar alguém, em qualquer lugar, constitui um homicídio. É, hoje, universal, embora não o fosse. Em algumas comunidades indígenas, por exemplo, o homicídio não era importante, pois diante da quase inexistência de homicídio, este não era considerado uma prática social intolerável. Para esses indígenas, entre os quais se contam os antigos habitantes da Patagônia, intolerável era, como prática social, a perturbação de uma cerimônia funerária, porque isso estaria vinculado também a práticas simbólicas de aquisição de alimentos.

Embora, hoje, o homicídio seja uma norma universal, a omissão não o é e nem os crimes omissivos são universais. Certa vez, estava em Frankfurt, em um seminário, e fiquei surpreso com a informação de uma professora de origem etíope que disse que não entendia o porquê de se punir o crime omissivo. Asseverava que em seu país a punição só alcançava a ação e não, a omissão. Mais tarde, pude verificar que em alguns códigos, por exemplo, o da Áustria, não há previsão do crime de omissão de socorro. E nem por isso, os austríacos deixam de socorrer quem esteja em grave e iminente perigo. A omissão não decorre de uma norma universal. Por isso, ela precisa de algumas condições para que se torne plausível dentro de um plano de racionalidade. Para que isso ocorra, é indispensável fazer uma correção na fórmula da equivalência. Muito melhor seria se o projeto, desde logo, tipificasse a omissão na parte especial, em vez de instituir normas gerais de responsabilidade, exclusivamente, na parte geral. Poderia instituir normas na parte geral e poderia instituir também a tipificação na parte especial. E a cláusula da equivalência deveria inclusive conduzir, se fosse levada a uma interpretação restritiva, à delimitação dos crimes omissivos, de modo que ficassem restritos aos crimes contra a pessoa, e não se estendessem aos demais delitos. Aí, sim, se o fizesse, estaria o projeto inovando e criando. Mas com a cláusula de equivalência genérica, tal como constante do projeto, o que se obtém é uma extensão da punibilidade, para abarcar, no âmbito da omissão, também os crimes contra o patrimônio. Por exemplo, se vejo que alguém, vinculado a mim por parentesco próximo ou relações íntimas, está sendo furtado e nada faço, com base nessa cláusula genérica, posso ser responsabilizado por furto, por omissão, o que é um absurdo. Na verdade, não participei da ação de subtrair e sou responsabilizado porque descumprí um dever de proteção de meu parente, de tal modo que minha ação equivale à sua produção por ação.

Observei também, na prática, um caso de acusação de estelionato por omissão praticado contra a Previdência Social. Este caso foi julgado no STJ e já tinha manifestação favorável do Ministério Público de origem. Igualmente, entendi que não havia estelionato por omissão. O caso era mais ou menos o seguinte: um sujeito era inválido e, em face disso, obtivera o benefício da aposentadoria por invalidez junto ao INSS. Contudo, como o valor da aposentadoria era muito diminuto e não lhe dava condições para sobreviver, começou a trabalhar. Mas o INSS descobre que ele trabalhava, caça a aposentadoria, de conformidade com as leis previdenciárias, e manda documentos ao Ministério Público para promover a ação penal contra o segurado por estelionato por omissão. Interessante observar que, durante todo o tempo em que o segurado trabalhava, submetia-se ele também à perícia médica do INSS, a qual confirmava seu estado de invalidez. Procurei saber onde se encontrava a omissão, e me deparei com a explicação de que a omissão que justificaria a fraude estava no fato de o segurado não haver comunicado ao INSS que estava trabalhando, ainda que proibido o trabalho em seu caso.

Claro que uma imputação dessa ordem viola o princípio da dignidade humana. O segurado só trabalhava porque tinha necessidade de fazê-lo para a própria subsistência. Ademais, não havia crime omissivo, porque não se pode obrigar ninguém a comunicar aquilo que irá implicar sua desgraça. Claro, o processo foi resolvido em seu favor. Mas de qualquer modo respondeu ele por estelionato por omissão. Essa é a consequência da implantação da cláusula genérica de equivalência, que justifica uma equiparação da omissão à ação em todos os delitos.

No tocante ao crime omissivo, há outra regra ainda pior. Diz o projeto o seguinte:

Art. 17. Imputa-se o resultado ao omitente que devia e podia agir para evitá-lo. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*

As duas primeiras regras são elementares na doutrina. Mas o projeto, repetindo o atual Código Penal, dispõe que também tem o dever de agir aquele que, com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. É interessante observar a incoerência do projeto. Quando o projeto de código penal quis inovar, invocou os critérios de imputação de Roxin e os introduziu, equivocadamente, em seu texto. Quando o projeto não quis inovar, reproduziu aquilo que o Código Penal vigente tinha de defeituoso. Por exemplo, a ingerência na omissão não pode derivar apenas da prática de um comportamento anterior criador do risco da ocorrência do resultado. Desde a contribuição de Rudolphi, na Alemanha, diz-se que a ingerência, no caso do crime omissivo, está subordinada à prática de um comportamento anterior antijurídico ou contrário ao dever, mas jamais a qualquer comportamento causal anterior. A vingar o texto do projeto, qualquer um poderá ser indiciado ou imputado por omissão quando, de modo causal, tiver produzido o resultado. Se isso acontecer, uma pessoa que presenciar um ato de traição entre marido e mulher e o relatar a um dos cônjuges, supostamente ao mais violento ou ciumento, será responsabilizada pelos atos de violência que vierem a ocorrer, porque com seu comportamento anterior causara ou criara o risco da ocorrência do resultado. O projeto encampa esse absurdo.

O projeto procura ser inovador, mas digeriu mal os critérios modernos que fundamentam o dolo e a culpa. Zaffaroni tem uma história muito interessante. Ele diz o seguinte: Na Idade Média não havia divórcio, porque o casamento era indissolúvel. Então, o que faziam os que não se conformavam com essa ideia? Simples, dispunham dos procedimentos da inquisição e da caça às bruxas para resolver seus problemas. Naquela época, vigorava o brocardo *testis unus, testis nullus*, a prova testemunhal tinha que estar lastreada em, pelo menos, dois depoimentos. Se um vizinho combinasse com outro para testemunhar que ambos foram acordados à noite pelo barulho produzido pelo voo de sua mulher ao redor da casa, isso seria suficiente para desencadear contra ela um procedimento que poderia levá-la à fogueira por ato manifesto de feitiçaria. O problema do divórcio estava resolvido. Que tem isso a ver com o projeto? Da mesma forma que o divórcio da relação matrimonial fora resolvido pela fogueira, o projeto também resolve o divórcio entre suas regras e a doutrina de uma forma peculiar: a comunicação do fato contido no texto é suficiente

para desencadear a morte da doutrina. Simplesmente, sacrificaram a doutrina penal do dolo e da culpa no projeto de código penal.

Assim dispõe o projeto quanto ao dolo:

Dolo e culpa

Art. 18. Diz-se o crime:

1 – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado.

A fórmula parece erudita, mas é equívoca. Nessa formulação se conjugam a teoria do consentimento, que está expressa pela assunção do risco, e a teoria da indiferença. A teoria da indiferença tem apresentado grandes problemas, mas, claro, poderia ser conjugada à teoria do consentimento. Para tanto, seria preciso restringi-la, eliminando seus componentes puramente subjetivos. A aplicação pura e simples dessa teoria provoca uma subjetivação exagerada na definição do dolo. Todos nós admitimos que o dolo é um elemento subjetivo, mas subjetivar ainda mais o elemento subjetivo conduz a incertezas e a uma perspectiva completamente imaginária do que constitua o dolo.

Ainda que o projeto reproduza, em parte, o que consta do atual Código Penal, acolhendo a teoria do consentimento, admite, na definição do dolo eventual, uma alternância com a teoria da indiferença. Dessa alternância resulta a possibilidade concreta de se aplicar a teoria da indiferença sem qualquer limitação. A aplicação da teoria da indiferença sem limitações pode fundamentar, como doloso, um crime puramente culposos. Para tanto, basta que se considere o resultado como indiferente ao sujeito. Contudo, muitas vezes o sujeito tem indiferença para com o resultado e atua com culpa inconsciente. Por exemplo: depois de se submeter a uma dura prova do concurso à magistratura, um candidato sai apressadamente do local de exame. Ainda com a atenção voltada para a prova, avança um sinal de vermelho, sem o perceber, e causa um acidente. Pode-se dizer que o acidente para ele seria indiferente, pois estava tão preocupado com aquela prova de concurso, ao qual se submetera, que não dera maior atenção às regras de trânsito. Mas no caso, evidentemente, atuou ele com culpa inconsciente, e não com dolo eventual.

A fórmula da indiferença, por si só, é inidônea para figurar aqui na definição do dolo eventual. A definição do dolo eventual é complexa, não pode ser extraída de uma teoria só. O Código Penal brasileiro deve ser mantido assim como está na sua fórmula originária, ao definir o crime doloso como aquele em que agente quis o resultado ou assumiu o risco de realizá-lo. Por outro lado, há também uma certa imprecisão de linguagem, quando o projeto se refere a que no dolo o agente quis realizar o tipo penal. Para os que defendem a ideia de que o dolo pertence ao tipo, o dolo realiza a ele mesmo. O dolo é elemento do tipo; se o dolo é elemento do tipo, fica difícil explicar como ele realiza um tipo do qual ele mesmo faz parte. Claro, percebe-se que o projeto quis significar que o dolo consiste na vontade de realizar o tipo objetivo ou os elementos objetivos do tipo, mas a redação está falha. Há pessoas que ainda insistem em dizer que o dolo é um elemento causal, o que torna complicada sua definição exclusivamente com base na realização do tipo, sem uma referência ao resultado. Como a lei penal não é um catálogo de enunciados, deve conter dispositivos que possam abarcar outras formas de entendimento ou de compreensão das coisas. O projeto poderia dizer que o dolo é a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, e teria resolvido de modo mais correto o problema. Também, partindo-se da concepção de Tiago Joffily de que todos os crimes têm resultado, poderia a definição reproduzir o atual código penal e dizer, simplesmente, que no dolo o agente quis o resultado. Por que não? Se desejasse eliminar do âmbito do dolo elementos estranhos ao delito poderia dizer, então, que o agente quis o resultado típico.

Por outro lado, a fórmula da assunção do risco é ainda a melhor para definir os contornos do dolo eventual, apesar de todos os percalços que gera sua compreensão. Parece que essa fórmula deriva de práticas que se desenvolvem no tráfico comercial. Mais uma vez pode-se ver como a lei penal está associada à ideia da troca de mercadoria, de como as mercadorias são trocadas no mercado, de como a produção está associada à troca de mercadoria e não ao valor de uso, senão a um valor de troca. O que se entende aqui como assunção do risco, o que a doutrina penal sempre solidificou, mas que a comissão passou por cima, é o que se chama em alemão de *in Kauf nehmen*. E o exemplo mais claro é o seguinte: Alguém vai construir um prédio e precisa adquirir ferros de $\frac{3}{4}$ de polegada. Há uma metalúrgica que vende ferros de construção de $\frac{3}{4}$ de polegada,

vende mais caro, porque são ferros previamente selecionados. Há ainda outra metalúrgica que vende ferros de construção de $\frac{3}{4}$ de polegada, misturados com outros, que podem ser de polegadas inferiores, e, por isso mesmo, vende mais barato. Então, se o construtor compra o ferro de $\frac{3}{4}$ de polegadas na mistura com outros ferros corre o risco de não ter a quantidade de ferros de que necessita. O risco, aqui, é calculado de conformidade com o ganho no preço. Se o construtor, ao comprar os ferros mais baratos, conseguir reunir uma quantidade suficiente para a construção, acaba tendo vantagem; se, ao contrário, a quantidade de ferros inservíveis for maior, terá uma perda, ainda que tenha pago mais barato. A essa decisão de comprar ferros mais baratos, correndo o risco de uma perda, é que se chama *in Kauf nehmen*, ou seja, assunção do risco, ou, literalmente, tomar na compra. Esse exemplo é bem significativo para explicar como se deve entender o dolo eventual. Nesse exemplo, o resultado prejudicial não é indiferente, é calculado dentro do risco, daí a possibilidade de se lhe estender a vontade do sujeito. Portanto, a fórmula do código vigente é bem melhor do que a do projeto.

No crime culposo, a definição teve o objetivo de ser muito moderna. E fez bem de eliminar aquelas referências fatais à imprudência, à negligência ou à imperícia, como modalidades de manifestação do crime culposo, que estão no código vigente e devem ser vistas como ultrapassadas. O projeto dispôs assim em relação ao crime culposo:

Art.18.

II – culposo, quando o agente, em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias, realizou o fato típico.

A fórmula, no entanto, é absolutamente autoritária, porque quer caracterizar como culposas condutas que podem não estar no domínio do agente. Para que uma conduta se situe no domínio da responsabilidade do agente é preciso que produza resultado, pelo menos, previsível ou evitável. Pela fórmula do projeto, haverá crime culposo tão logo o agente tenha violado uma norma de cuidado e produzido um resultado típico, não importa se esse resultado não lhe pudesse ser imputado, porque fora da esfera do aumento do risco, ou porque inevitável, ou porque imprevisível, ou porque realizado no âmbito de um risco habitual. A culpa, que sempre

comportou a discussão acerca de se teria um componente subjetivo ou não, perdeu definitivamente esse componente no projeto. A culpa passa a ser inteiramente normativa. A questão da previsibilidade deixou de ser uma questão relevante. A violação da norma de cuidado e a produção causal do resultado são suficientes, no projeto, para fundamentar a culpa. Isso é absolutamente incompreensível. A violação da norma de cuidado é fundamento da culpa, sem dúvida nenhuma. Mas ela tem que estar associada a outros componentes. A quais componentes? Aos componentes relacionados à previsibilidade da conduta nos planos objetivo e subjetivo. No objetivo, em relação às condições reais de existência da ação descuidada em face da possibilidade real da produção do resultado. E no subjetivo, para verificar se o sujeito, nas circunstâncias em que se encontrava, em face de suas condições pessoais, estava ou não capacitado para prever o fato. Caso contrário, não há o fundamento da culpabilidade.

Mas é claro, posso perceber por que aqui se caracterizou a culpa no plano objetivo. Foi a partir do momento em que se dispôs, no art. 1º, parágrafo único, que não há pena sem culpabilidade, querendo expressar que a culpabilidade seria pressuposto da pena e não elemento do delito. Se a culpabilidade é pressuposto da pena, não importa a caracterização do fato em relação à capacidade do agente, portanto, não importa a referência à previsibilidade. Mas a culpabilidade é essencial à configuração do delito, pois nela é que se vai aferir exatamente a chamada previsibilidade subjetiva do evento, de modo a assinalar a desconformidade do sujeito para com a ordem jurídica, a desconformidade em face da não motivação da sua conduta diante da norma penal. Enfim, essa forma de definir o crime culposos passou ao largo da comissão.

Estou chegando quase ao fim e haveria muita coisa para dizer ainda nesta análise da Parte Geral. Vou agora resumir alguns temas importantes.

Na definição do estado de necessidade, houve um retrocesso considerável. Nem digo considerável em relação à adoção da teoria diferenciadora, a qual foi muito mal posta no projeto do código penal, mas por outro aspecto.

Quanto ao estado de necessidade, dispõe-se assim:

Art. 29. Considera-se em estado de necessidade quem pratica um fato para proteger bem jurídico próprio ou alheio e desde que:

a) o bem jurídico protegido esteja exposto a lesão atual ou iminente;

b) a situação de perigo não tenha sido provocada pelo agente;

c) o agente não tenha o dever jurídico de enfrentar o perigo;

d) não seja razoável exigir o sacrifício do bem jurídico levando-se em consideração sua natureza ou valor.

Parágrafo único. Se for razoável o sacrifício do bem jurídico, poderá ser afastada a culpabilidade ou ser a pena diminuída de um a dois terços.

No código atual, no estado de necessidade, fala-se em perigo atual; no projeto, fala-se de lesão atual ou iminente. Ainda não entendi por que se promoveu essa mudança. A mudança foi desastrosa, porque quando se fala de lesão atual, isso implica que a lesão já ocorreu. Admite-se, então, estado de necessidade quanto a fato passado, o que é um absurdo. Por outro lado, em relação à origem do perigo, o projeto dispõe que “a situação de perigo não tenha sido provocada pelo agente”. O código penal vigente dispõe expressamente que a situação de perigo não tenha sido provocada por vontade do agente. De conformidade com o projeto, uma vez que a produção do perigo tenha sido provocada de modo causal pelo agente, este não pode valer-se do estado de necessidade.

Cria-se um rigorismo exagerado no tratamento do estado de necessidade quanto a esse aspecto e se admite estado de necessidade quanto a fato passado: uma contradição insolúvel. Imagine-se que alguém entre em um celeiro fumando e, por consequência da queda do cigarro, provoque um incêndio. Não poderá invocar estado de necessidade. Se tiver que romper as portas para fugir do incêndio, responderá por crime de dano, só lhe restando a possibilidade de aludir em seu favor a chamada inexigibilidade de outra conduta, que o projeto acolhe. Com essa regra, rompe-se até mesmo o critério de ponderação de bens, que o projeto insere para diferenciar entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante. O projeto pensa que a vida, nessa hipótese, deve ser sacrificada em favor do dogma causal, o que é um contrassenso.

Aqueles que querem incorporar os ensinamentos de Roxin ao Código Penal devem ler seus escritos e ali verão que a provocação culposa da situação de perigo não exclui o estado de necessidade, só o exclui a provocação dolosa. A regulação do estado de necessidade nada tem a ver com a ingerência, que é matéria de imputação e não de avaliação do fato diante da ordem jurídica. Para terminar, poderia falar do tratamento dos índios no projeto e de outras coisas, mas vamos examinar aqui o concurso de pessoas e a tentativa.

O Prof. Miguel Reale Junior já demonstrou a incongruência do projeto no tocante ao concurso de pessoas. Mas vou ler o projeto para que todos tenham consciência de como se redige a lei penal no Brasil. Diz o projeto:

Art. 38. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Concorrem para o crime:

I – os autores ou coautores, assim considerados aqueles que:

a) executam o fato realizando os elementos do tipo;

b) mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo;

c) dominam a vontade de pessoa que age sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utilizam como instrumento para a execução do crime; ou

d) aqueles que dominam o fato utilizando aparatos organizados de poder.

II – partícipes, assim considerados:

a) aqueles que não figurando como autores, contribuem, de qualquer outro modo, para o crime; ou

b) aqueles que deviam e podiam agir para evitar o crime cometido por outrem, mas se omitem.

Veja-se o que diz o projeto: concorrem para o crime os autores e os coautores. A impropriedade técnica é alarmante. O autor e o coautor não concorrem para o crime, realizam o crime. O projeto acolhe a Teoria do domínio do fato, mas faz uma lambança com essa teoria. Dispõe que são coautores os que mandam, promovem, organizam, dirigem o crime ou praticam outra conduta indispensável para a realização dos elementos do tipo. A doutrina penal estrangeira sempre enfrentou dificuldades para decidir acerca da extensão do domínio do fato na concretização da autoria ou da coautoria. Em algumas hipóteses, a pessoa contribui para o fato, mas não é coautora, embora sua contribuição seja indispensável para realização do fato. Imaginemos, por exemplo, dois sujeitos: um sujeito detém a senha de um computador e o outro quer acessar o computador para fazer um desvio de dinheiro. Imagine-se que o segundo ofereça ao primeiro alguma vantagem, por exemplo, uma soma alta em dinheiro para que lhe forneça a senha. De posse da senha, o segundo sujeito faz um desvio enorme em seu favor. Quem fornece a senha será coautor do desvio? Claro que não será coautor, será partícipe, embora a contribuição seja indispensável para o acesso às informações. Por que ele é partícipe e não coautor? Porque não participou diretamente do desvio, mas, sim, de um ato prévio de desvio, mas não do desvio propriamente dito. Não tem o domínio do fato sobre a subtração do dinheiro. Nesse caso, ele é partícipe. A doutrina penal estrangeira nesse sentido é quase que unânime em entender que, nesse caso, ele é partícipe e não coautor.

O que se discute aqui na regulação da participação é a posição do chefe da máfia, que por influência das películas americanas está muito presente na configuração das leis penais, não só no Brasil, mas também no estrangeiro. As películas mostram o chefe da máfia como um personagem de Balzac, capaz de influenciar desde o porteiro do prédio até o presidente da República. Há uma trama tão grande, tanto poder concentrado no sujeito, que suas ordens são universais, têm como mandatários o presidente da República, o embaixador dos Estados Unidos, o embaixador da França, os primeiros-ministros e os sheiks árabes. Todo mundo está associado a ele: é o chefe da máfia. Seu subordinado, ao receber uma ordem, cumpre. Mas cumpre muito mais em função daquela configuração articulada por Fabricius, como forma de crescer no grupo, de pertencer à elite do poder ou do dinheiro; cumpre por vontade própria, também por força de uma associação emocional com o chefe. Onde é que está o domí-

nio do fato? O chefe da máfia é um instigador do fato em geral. Como diz Roxin, só será coautor quando estiver participando ou controlando diretamente as execuções. Quem manda outrem executar o seu inimigo, está participando. O executor detém o domínio do fato, o mandante, não. Só detém o domínio e será coautor se participar da execução ou controlar a execução. Claro, para isso, não precisa ele estar presente no local do fato, pode controlar a execução até por telefone, mas tem que fazê-lo.

Tratemos, agora, da autoria mediata, que o projeto quer regular. O projeto, como já disse, invoca na definição do autor mediato a Teoria do domínio do fato e aí diz que serão também autores os que dominam a vontade da pessoa que atua sem dolo, atipicamente, de forma justificada ou não culpável e a utiliza como instrumento da execução do crime. Essa regra é realmente alucinante. Vamos supor que alguém esteja em legítima defesa e outrem lhe empresta uma arma para se defender, e domine sua vontade de tal modo que faça com que o defendente use a arma e mate o agressor dentro dos limites da necessidade e proporcionalidade. Nesse caso, quem empresta a arma seria, na visão do projeto, autor mediato do crime de homicídio. Isso é um absurdo. Por outro lado, fala-se aqui do domínio da vontade da pessoa que atua atipicamente. Observem só: se eu contribuo ou se mando alguém realizar um fato que é atípico, não posso ser responsabilizado por esse fato. Aí está prevista a punibilidade por ato atípico. O projeto, nesse caso, poderia ficar apenas com a parte que diz haver autoria mediata quando o autor direto atuar sem dolo, e nada mais. Chega de inovações impróprias. Os acréscimos são sempre perigosos.

Existe também o problema dos chamados aparatos organizados de poder. Já tratei da questão dos aparatos, dessa imprópria terminologia. A grande discussão sobre se cabe ou não autoria mediata nessa hipótese de aparelhos organizados de poder ainda está em plena efervescência na doutrina penal.

A execução desses fatos em decorrência desses aparelhos organizados de poder só se verifica no âmbito do poder público, em regimes autoritários, conforme a formulação de Roxin, mas não no âmbito da empresa, nem muito menos em um regime democrático. Em decorrência dessa norma que aqui está consignada no projeto, quando o dirigente de uma empresa mandar o seu empregado realizar um fato qualquer, será ele autor mediato desse fato. E se o diretor da empresa não mandar, mas, pela condição de diretor da empresa, o seu empregado realizar o ato, ele

responderá, como autor mediato, pelo ato que seu empregado executou, desde que haja uma vinculação entre os atos hierárquicos de mando e de execução. Isso gera um problema muito sério. Estender-se essa responsabilidade por aparelhos organizados de poder ao âmbito das empresas é desvirtuar o significado dessa modalidade de autoria mediata. Essa forma de autoria mediata se dá em sentido muito restrito no âmbito justamente de governos autoritários, quando o sentido da estrutura autoritária domina não apenas o dirigente, mas o próprio executor do ato autoritário. No nazismo havia um aparelho organizado de poder de tal forma que os dirigentes e os executores se vinculavam uns aos outros por força de estarem subordinados à mesma ideologia autoritária. Era compreensível que a falta de um executor poderia ser suprida por outros, sem qualquer dificuldade. Por outro lado, o próprio Dirk Fabricius, tecendo considerações quanto à estrutura de poder nos campos de concentração, mostrava que a relação entre dirigentes e executores nem sempre era assim, porque, no fundo, muitos agentes dos extermínios os executavam independentemente das ordens que lhe eram advindas dos dirigentes. Eles os executavam porque, com sua ascensão ao âmbito de poder no campo de concentração, ainda que em categoria subalterna, se acreditavam como dotados de uma posição socialmente relevante. Geralmente, as pessoas que trabalhavam no campo eram recrutadas nos meios mais baixos da sociedade. Sua ascensão ao poder as colocava também como dirigentes dentro de sua posição, ficando livres para manifestar sua angústia e justificar sua própria posição de pertencerem à elite do poder.

Essa posição da pessoa é fundamental também na execução das ordens. Por isso se diz que aqui caberia muito mais instigação ou coautoria do que propriamente a autoria mediata. A instigação, sim, poderia haver e até coautoria, quando se demonstrasse a participação efetiva do sujeito na execução. Quando alguém manda outrem exterminar determinada pessoa ou mesmo um grupo de pessoas, e não participa da execução, nem a controla, é instigador, não será autor mediato nem coautor. A discussão na doutrina gira justamente em torno desse fato: se nessa hipótese há autoria mediata ou instigação. A autoria mediata se funda, nesse caso, na relação autoritária de poder, no Estado descomprometido com o direito e no critério da fungibilidade dos executores. Uma vez não presentes esses elementos, não há que se falar de autoria mediata. Os que falam que existiria autoria mediata por aparelhos organizados de poder no âmbito das

empresas desvirtuam essa teoria. Nesse ponto, o projeto de código penal pende para esse lado da discussão, ao caracterizar como autoria mediata uma participação dessa ordem. Não faz quanto a isso qualquer restrição, apenas amplia, sem motivo, essa fórmula desviada da autoria mediata.

Outro tema relevante, que o projeto trata de forma autoritária, é o da tentativa. O projeto, ao disciplinar a tentativa com base na teoria material-objetiva, acaba punindo o ato preparatório.

Diz o projeto:

Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Toda formulação da tentativa só pode ter início depois de resolvida a questão do crime impossível. Se o projeto adota para o crime impossível a teoria objetiva relativa de Feuerbach, tal como o atual Código Penal, não pode acolher a teoria material-objetiva quando busca esclarecer acerca dos limites entre execução e preparação. Por outro lado, ao disciplinar acerca do plano do autor para pôr um limite aos atos sucedâneos aos atos executivos, possibilita uma subjetivação desmedida dos contornos do tipo penal. Interessante notar mais uma vez que a preocupação do projeto, segundo seu relator, é extirpar o fascismo do código vigente, mas a punição de atos preparatórios é a mais expressa manifestação de fascismo. A fórmula adotada no projeto vai ressuscitar a teoria dos dois atos.

Por essa teoria, o ato de execução e o ato anterior ao da execução constituirão um mesmo e único ato de execução, quando entre eles não se inserir um ato intermediário. Mas é difícil estabelecer qual é o ato intermediário. Imagine-se: um sujeito sobe numa escada encostada no muro de uma residência; nesse momento é preso. Para a teoria da tentativa, prevista no projeto, ele seria punido por tentativa de furto ou por tentativa de violação de domicílio porque teria realizado um ato sucedâneo à execução e, assim, colocado em perigo o bem jurídico. A imputação final iria depender da identificação do plano do autor, que poderia dar lugar à tentativa de furto, se o seu objetivo fosse subtrair coisas da residência, ou de violação de domicílio, se o objetivo fosse entrar na residência contra a vontade do dono. E se perguntassem a ele por que subira na escada, poderia responder que desejava apreciar a beleza da mulher do vizinho.

Se o julgador acreditar nessa história, deve absolvê-lo, porque o plano do autor não caracteriza um ato sucedâneo ao ato executivo do furto ou da violação do domicílio. Mas os fatos na realidade não se passam dessa forma. A avaliação do plano do autor não resulta, normalmente, de uma apreciação objetiva do desenrolar do acontecimento. Essa avaliação depende, muito mais, das condições do próprio sujeito. Se se tratar de uma pessoa com antecedentes de furto, a apreciação do plano do autor levará à conclusão de que seu objetivo era furtar, e assim deverá ela ser responsabilizada por tentativa de furto. Essa subjetivação do plano do autor reforça uma teoria subjetiva da tentativa, que faz cair por terra qualquer compromisso com a legalidade. Claro, os moralistas poderiam dizer que olhar a mulher do vizinho constitui algo relacionado à observação obscena. Por enquanto, a simples observação obscena não é criminosa. Mas é claro também que o ato preparatório do furto não pode ser tratado como ato de execução. Subir na escada é ato preparatório, não importa o objetivo do agente. O sujeito pode subir a escada para furtar, como pode subir a escada para olhar o que tem no vizinho. Não é possível caracterizar isso como ato de execução do furto.

Bem, há muitas coisas para dizer sobre o projeto de código penal. Essa é uma análise apenas superficial das incongruências do projeto. Essa análise mostra, no entanto, que o projeto de código penal reproduz um discurso autoritário de poder, discurso não comprometido com a Constituição democrática ou com os direitos fundamentais do cidadão. O projeto corporifica uma forma de racionalização cada vez mais difusa, mais complexa, mais ininteligível das normas que regem o poder punitivo. Com esse discurso, o projeto estimula uma interpretação subjetiva da lei e proporciona cada vez mais injustiça social, agora canalizada em termos de uma legalidade penal aparentemente correta. Por tudo isso, não cabe reformar esse projeto de código penal. O projeto é substancialmente incongruente e autoritário. O que cabe é a sua rejeição absoluta. O Congresso Nacional poderia cumprir um papel relevante para a sociedade brasileira e para a comunidade jurídica, ao rejeitar esse projeto. Muito obrigado. ❖

Os Crimes Contra a Vida na Reforma

Des. Sérgio de Souza Verani

Desembargador do TJERJ. Presidente do Fórum Permanente de Direitos Humanos da EMERJ.

O tema que me coube nesse painel foi de crimes contra a vida. Esse projeto é uma coisa horrorosa, como o Juarez Tavares já havia mencionado. Eu trouxe aqui o Código Penal de 1969. O Juarez falava na inspiração do Código Italiano de 1930. Mas o Código Penal de 1969 também inspirou a reforma. Todos sabem que o Código Penal de 1969 é aquele decreto-lei imposto pela Junta Militar, que deu um golpe dentro do golpe, depois da doença do Costa e Silva. Criou uma legislação extensa, muitas leis vigorando até hoje. Essa legislação da Junta Militar de 1969, com fundamento no A.I. 5, que possibilitava o Executivo, isto é, a ditadura, tornar-se, como toda ditadura, também o Poder Legislativo, e uma legislação especificamente ligada à questão econômico-financeira. Grande parte da legislação econômico-financeira ainda vem dos decretos-leis impostos pela Junta Militar em 1969. Esse Código de 1969 foi promulgado e revogado sem nunca ter entrado em vigor. Ele tinha uma série de defeitos, foi revogado e não entrou em vigor. Mas qual a inspiração do Código de 1969? O Código de 1969 é um decreto da ditadura, ele é imposto. Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, “usando das atribuições que nos conferem ... decretam:” E aí vem o Código Penal. E no final do decreto vem o nome dos três Ministros Militares: Augusto Rademaker, Aurélio de Lira Tavares, Márcio de Souza e Mello e o Ministro da Justiça, Luis Antônio da Gama e Silva. Sempre tem o Ministro da Justiça legitimando e dando o formato jurídico a essa extensa legislação.

Mas eu me lembrei imediatamente do Código de 1969 quando comecei a ler essa parte do projeto sobre crimes contra a vida, porque aparece lá no parágrafo primeiro: forma qualificada. E aí se cria uma nova forma de homicídio qualificado, na parte final do inciso I do parágrafo primeiro, e na última parte vem: “ou em contexto de violência doméstica ou familiar e em situação de especial reprovabilidade ou perversidade do

agente”. Traz-se para a norma penal um conceito que não é do direito. O conceito de perversidade é um conceito que o Código Penal de 1969 também vai utilizar. A Lei 6.416 de 1977 também vai utilizar. O que significa isso? Eu fico me indagando como o juiz, no Júri, vai fazer o quesito. O réu agiu com perversidade? Como delinear a existência da perversidade?

Na verdade, a expressão “perversidade” está vestindo um valor ligado à moralidade, à maldade do agente ou à periculosidade do agente, que também é um termo utilizado com grande intensidade para reforçar ainda mais o sistema punitivo. Mas a noção de perversidade é uma noção ligada à psiquiatria tradicional, especialmente, depois, com Freud, que estuda a perversão. Os estudos fundamentais de Freud são sobre a neurose, a psicose e a perversão. A perversão é um conceito difícil, complicado. E, como os autores dessa reforma utilizam um conceito que eu tenho certeza que eles não conhecem, eles não sabem qual é o conceito de perversão. Juarez pode até me confirmar isso. Juarez Cirino, que é um estudioso da psicanálise. Lacan depois também desenvolveu mais a questão da perversão, que é um conceito difícil de ser compreendido. Pega-se um conceito de outra área de conhecimento, do qual não se tem a informação devida, e usa-se esse conceito para qualificar um crime de homicídio.

E por que me lembrei do Código de 1969? Porque sempre esse conceito de perversidade, quando aparece no Código de 1969, é para realizar um aumento muito maior da repressão. Lembrando da Parte Geral do Código de 1969, que estabelecia o criminoso por tendência ou o criminoso habitual, que é, aliás, o modelo, embora não haja no Código, e o Código não tenha entrado em vigor, esse modelo, ou esse conceito de criminoso habitual ou criminoso por tendência existe no discurso judicial, no discurso das sentenças. Muitas sentenças criminais falam em um réu que demonstra tendência para o crime, é habitual, na prática; enfim, há uma concretização do conceito de criminoso habitual e de criminoso por tendência, que era um conceito normativo do Código de 1969, que falava de “criminoso habitual ou por tendência” e a ele era imposta a pena por tempo indeterminado. O criminoso habitual era assim definido, numa das hipóteses: “aquele que, sem condenação anterior”, portanto primário, “demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime”. Isso aqui aparece em sentenças de hoje. Daqui há pouco tem sessão na 5ª Câmara Criminal. Há sentenças que concretizam o Código de 1969, que nunca en-

trou em vigor, dizendo e afirmando “acentuada inclinação para o crime”. Esse é o criminoso habitual. E o criminoso por tendência, é aquele que, pela sua periculosidade, motivos determinantes e o modo de execução do crime, revela extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez. Era a ideia moralista do Código de 1969, a moralidade impressa no Código.

Na aplicação da pena, muitas vezes a pena base é aplicada acima do mínimo porque o réu revela malvadez. Hoje ainda se escreve assim em muitas sentenças, que constituem uma violação à dogmática penal de que falava aqui antes Juarez Tavares. E utiliza a perversão. A reforma agora, já na segunda década do século XXI, fala: “quando o agente revela perversidade”, “em situação de especial reprovabilidade ou perversidade”. E é curioso porque, nessa ideia da perversidade, conceitos são utilizados sem nenhuma fundamentação teórica, sem nenhum conhecimento científico desse conceito.

Também o Código de Menores de 1927, que foi o nosso primeiro código de menores, usava o conceito de perversidade ou de perversão para classificar os chamados “menores delinquentes”. E a classificação do Código de Menores de 1927 era uma classificação dos menores delinquentes, que eram classificados como libertinos, viciosos, de má vida, de má índole, perigosos, delinquentes em estado de perversão moral ou moralmente pervertidos. Isso em 1927, com conceitos que já Lombroso começou a usar para determinar essa ideia da tendência para o crime, revelando quem são os perversos, o que significa isso. E isso se torna um homicídio qualificado, com pena de 12 anos.

Enfim, qualquer forma de homicídio poderá ser considerada um homicídio qualificado, dependendo da impressão subjetiva do promotor, também dos jurados, ou do juiz quando faz a pronúncia, de reconhecer que aquela conduta foi praticada com perversidade. Hoje, sem que haja essa qualificação da conduta, desse homicídio, se usa isso para aumentar a pena base do homicídio. “Ele tirou a vida de uma pessoa, então produziu um dano irreparável, a pena deve ser fixada acima do mínimo.” Homicídio é isso, produz um dano irreparável. A pena tem os seus limites, mínimo de 6 anos ou de 12, quando é qualificado. Então criam-se situações de exacerbação, de possibilidade de grande exacerbação do sistema punitivo. Quando veio a reforma de 1977, a Lei 6.416, que aliás trouxe boas inovações, estendeu o *sursis* para o crime de reclusão, que não existia, era

só para o crime de detenção. Mas a Lei 6.416/77 também vai estabelecer, quando fala da verificação da periculosidade, no artigo 77 – que depois da reforma de 1984 deixou de ser o 77 –, que deve ser reconhecido perigoso o agente, quando a periculosidade não é presumida por lei, quando na prática do fato o réu revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral. Depois de 1984, esses conceitos felizmente desapareceram do Código, mas não desapareceram do pensamento ideologizado do discurso judicial, não desapareceram da prática autoritária punitiva do sistema judicial, em que esse pensamento, esses valores são constantemente utilizados, como malvadez, como insensibilidade moral. Quem reincide na prática do roubo ou de outro crime revela insensibilidade moral porque não possui a ética necessária para a convivência e desrespeita a regra social da consideração ao patrimônio alheio.

Então, são formas de pensamento que continuam muito fortes e muito vivas. E o que isso tem a ver com os crimes contra a vida?

Em um outro momento também fundamental, acrescenta-se como forma de homicídio qualificado o inciso 6º do parágrafo primeiro do artigo 121: “quando o homicídio é cometido por dois ou mais agentes, em atividade típica de grupo de extermínio”.

Quem serão esses agentes em atividade típica de grupo de extermínio? O que significa grupo de extermínio? Estava vendo aqui o Prof. Cesar Caldeira, que tem um trabalho muito bom sobre o Júri dos policiais que mataram aquele menino que sequestrou o ônibus 174. Aquilo ali foi um extermínio, foi um exemplo de extermínio. Pegaram o menino e enforcaram o menino no camburão. Mas aquela conduta não será considerada extermínio. Os confrontos que a polícia realiza – os confrontos entre aspas – são uma prática de extermínio. Isso que é a prática de extermínio. Não precisa ter um grupo de extermínio nomeado, identificado. “Aqueles lá são do grupo de extermínio.” O extermínio é praticado abertamente, é praticado impunemente, é praticado sem que haja uma organização de grupo de extermínio: “vamos agora ali invadir o morro e vamos matar dez pessoas ou uma pessoa”. Não há essa combinação. O extermínio aparece naturalizado. Atiram e matam pelas costas, de qualquer modo, sem que haja a efetiva resistência. Esse extermínio naturalizado, consentido, legitimado não vai ser visto como prática de homicídio qualificado pela reforma do Código Penal, porque essa prática de extermínio tem sido historicamente consentida e legitimada.

Eu estava me lembrando de um e-mail que eu recebi do Patrick, do Ministério da Justiça, preocupado com a questão do auto de resistência, que tem a ver com essa questão de crimes contra a vida. Como fazer para que a polícia deixe de matar e, matando, não seja desconsiderada como fato criminoso essa morte. É porque se utiliza indevidamente, ilegalmente, a norma do auto de resistência, que é prevista no Código de Processo Penal, na hipótese de resistência, no artigo 292 e antes, no 284. Não significa que a polícia possa matar alguém. Em caso de resistência pode usar de força, mas não pode matar. Só pode matar naquelas situações legalmente previstas, fora disso não. Não pode matar porque está fugindo, porque olhou, ou porque é do tráfico. E tem-se utilizado há muito tempo essa norma para legitimar esses homicídios.

Esse é que é o grande extermínio, que não é um extermínio visualizado, visibilizado, mas é um extermínio que acontece todo dia. A polícia no Rio continua matando muito e há todo um discurso de que reduziu o número de homicídios, e naqueles índices que saem mensalmente. Mas como reduziu? Agora só tem setenta por mês. Então a polícia mata setenta pessoas, setenta cidadãos e isso é bom? Setenta são mais de dois por dia. Não poderia matar nenhum! É um dado absolutamente violador de qualquer organização democrática. Como enfrentar isso numa reforma? E aí dizem, “vamos punir os grupos de extermínio”. Não vão punir nenhum grupo de extermínio. Sequer se consegue que a matança policial que é realizada seja identificada como grupo de extermínio. Isso é o grande extermínio que se realiza pelo Brasil a fora. Semana passada, em São Paulo, a Rota matou nove. A Rota deu uma queda, ela que foi o grande modelo de matança de esquadrão da morte. Mataram nove, só de uma vez. Então o extermínio continua e a lei penal não vai dar conta dessa questão. Eu estava me lembrando do Giorgio Agamben, que tem um livro maravilhoso sobre essa questão, que é **O Estado de Exceção**. Aliás, o primeiro capítulo do livro é “O Estado de Exceção como Paradigma do Governo”. É no século XXI, o estado de exceção é um paradigma dos governos, que são autoritários expressamente, que se impõem. Aliás, o Juarez Tavares falou como essa reforma vai ser imposta e depois ele mudou, não falou “imposta”. É uma reforma imposta, é como o decreto da Junta Militar, sem discussão. Não tem discussão. É um modelo que vai se concretizando. Tem uma outra questão, o Juarez estava falando de crime culposos. Homicídio culposos – eu não sei se isso já foi falado ontem – em que cria-se uma

espécie de culpa gravíssima, no parágrafo 5º. Eu li e não acreditei como isso foi escrito por uma comissão de juristas. O parágrafo 5º do artigo 121 fala: “Homicídio culposo. Pena – prisão de 1 a 4 anos. Culpa gravíssima: se as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado morte nem assumiu o risco de produzi-lo (naquelas situações de dolo eventual) mas agiu com excepcional temeridade, a pena será de 4 a 8 anos de prisão. Então, é um homicídio culposo com a pena mínima de 4 anos, que não é doloso, porque não quis o resultado nem assumiu o risco, mas agiu com excepcional temeridade. O que é isso?

Eu lembro que o Juarez Cirino falava desses conceitos vagos, abstratos, acho que ele até falava da gestão temerária. O que é agir com excepcional temeridade dentro do homicídio culposo? Um exemplo do Juarez Tavares: saiu do concurso de juiz, olha para o sinal vermelho e aí atropela alguém, é excepcional temeridade. Estava pensando naquilo que o examinador perguntou. Não podia sair depois da prova de juiz, tem que ficar descansando. Se sair, pode revelar uma excepcional temeridade e aí a pena vai ser de 4 anos no mínimo. E o parágrafo 6º ainda diz: “Incluem-se entre as hipóteses do parágrafo anterior a causação da morte na condução de embarcação, aeronave ou veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos ou mediante participação em via pública de disputa, corrida ou competição automobilística”. Isso para tornar o “pega” uma forma de dolo eventual.

Especialmente esse conceito de excepcional temeridade não significa coisa nenhuma do ponto de vista da dogmática penal. Mas isso vai possibilitar uma interpretação, se for transformado em lei, que já estou até imaginando, dos juízes dizerem “esse homicídio culposo é uma culpa gravíssima, então a pena mínima agora é de 4 anos”. Eu acho que vai haver o risco de uma produção de condenações até acima de 4 anos, porque a pena é de 4 a 8 anos, para esse homicídio com culpa gravíssima em virtude de ação com excepcional temeridade.

Estava falando de Freud, que estudou a psicose, a perversão e a neurose, e isso é um exemplo que pode-se chamar de um transtorno ideológico. Só um transtorno ideológico produz projetos dessa forma, não há outra explicação. Não estou acusando ninguém de nada, estou falando de transtorno ideológico no sentido da ideologia que vai sendo impregnada no pensamento social, no pensamento jurídico, e se acredita nisso. A ideologia tem essa capacidade de produzir ilusões, de produzir as belas

mentiras de que falava Marx. Acredita-se na bela mentira, nas ilusões da repressão, da segregação como discurso de defesa social, de manutenção da ordem e da segurança.

Em relação ao infanticídio, o parágrafo único acaba com a discussão sobre se quem participa do infanticídio responderia por infanticídio ou homicídio. O parágrafo único diz: quem concorre para o crime responderá pelas penas de homicídio. A discussão que sempre se fez se comunica ou não com a circunstância elementar do infanticídio, vai responder pelo homicídio. E o aborto continua sendo criminalizado, quer dizer, o que de bom poderia existir na reforma na parte dos crimes contra a vida era descriminalizar o aborto. Não há razão jurídica, muito menos de saúde pública, para que o aborto seja uma conduta criminalizada. Mas vão dizer: “mas reduzimos a pena”. Agora a prisão passa a ser de seis meses a dois anos. A pena atual é de um a seis anos. É uma perda de oportunidade para reconhecer que o aborto é uma questão gravíssima, referente à saúde pública, um sofrimento para a gestante e para todos que passam pela prática do aborto, e a gestante ainda é criminalizada. Pode-se também alegar que foram trazidos alguns pontos importantes, como, por exemplo, a exclusão do crime. Não há crime de aborto se houver risco à vida ou à saúde da gestante; se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual e na hipótese de anencefalia. E no inciso IV do artigo 128: “Não há crime de aborto, se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”. Então, para poder fazer o aborto sem ser considerada criminosa, a mulher tem que procurar um médico ou psicólogo, dizer que não tem condições psicológicas de arcar com a maternidade. Não pode dizer que não quer esse filho, não quer ser mãe naquele momento, isso não pode, engravidou tem que ser mãe. Para fazer o aborto, tem que ter uma condição psicológica negativa que a impossibilite arcar com a maternidade. É uma burocracia, e não se enfrentou a questão do aborto, nessa oportunidade.

Então, são situações da reforma que dão uma tristeza, mas mais do que tristeza, uma preocupação, porque reforçam conceitos absolutamente antijurídicos, como os de perversidade, de culpa gravíssima.

Eu estava me lembrando, ouvindo o Juarez Tavares falar, de um Júri em que ele foi advogado e eu fui Juiz do 2º Tribunal do Júri muito tempo. Havia o Presidente do Tribunal e havia o Juiz Sumariante, que era eu.

Depois, essa função foi transformada numa vara, Vara Auxiliar do Júri, e eu passei para essa Vara, que fazia o processo até a pronúncia. Mas eu presidia muito Júri, especialmente quando o 2º Tribunal do Júri era na Candelária, onde é hoje a Casa França-Brasil, naquele prédio belíssimo. Em 1977 houve a mudança para cá, no segundo andar. Paulo Baldez foi presidente do 2º Tribunal do Júri e ali se inaugurou o 2º. O 1º já era aqui, onde hoje é o Museu, e se instalaram o 3º e o 4º Tribunais do Júri. Aliás, na inauguração do 2º Tribunal do Júri, o advogado foi Evandro Lins e Silva, e era um processo de aborto. O Evandro fez um júri belíssimo, a partir de um poema do Brecht; eu trouxe o livro, mas não vou ler porque é um poema muito longo. O poema se chama “A infanticida Maria Farrar”. O poema é sobre uma mulher que matou – não era nem aborto, era infanticídio – a criança depois que a criança nasceu. Mas ela era uma sofredora, uma rejeitada. E com esse poema, o Evandro fez a defesa e a ré foi absolvida. A promotora era brilhante, Telma Diuana, que depois foi desembargadora pelo quinto do Ministério Público. Mas dois anos depois, em 1979, eu fiquei um tempo presidindo o Júri e inventei de chamar vários advogados nomeados como dativos. Foi um mês maravilhoso, com Humberto Telles, Evaristo de Moraes, Ronaldo Machado, Tércio, Thompson e Barandier. Juarez Tavares foi fazer um júri de uma mulher que foi pronunciada de acusação de aborto. O Juarez fez um júri, vocês precisam ver o Juarez no júri! Ele é assim uma coisa fantástica! Ele lembra que o aborto foi feito com agulha de tricô, mas ela foi absolvida. E na votação, o júri negou que houvesse aborto, porque havia uma confusão sobre a causa da morte. Foi até um perito depor, o velho Nilson Santana. Acabou havendo uma desclassificação para lesão corporal. E eu, que era Juiz Presidente, como vou dar a pena? Com o auxílio do Juarez: é consentimento do ofendido. Está absolvida a ré pela lesão corporal em razão da fundamentação “consentimento do ofendido”. A vítima consentiu, ela quis fazer o aborto. E o promotor ficou desesperado!

Enfim, são lembranças que vieram. Como as minha lembranças do Juarez Tavares e do Juarez Cirino são antigas! Mas são muito boas e muito revolucionárias também. Eu já falei da outra vez, quando o Juarez Cirino esteve aqui há uns dois meses, e eu me lembrei da greve dos professores, a primeira greve dos professores de 1977. No início das primeiras greves, não só lá do ABC, mas dos professores do Estado. E havia uma greve dos professores universitários, não só das universidades públicas, como

também das universidades particulares. Houve várias assembleias, e nós trabalhávamos na Candido Mendes, em Ipanema, e ficávamos lá de greve, na portaria. Essa militância é pela defesa dos direitos, é pela vida. “Crimes contra a vida” deve ser alguma coisa ligada à defesa da vida, contra o extermínio, contra a exclusão, contra a segregação. E por uma prática judicial que efetivamente garanta.

Concluindo, eu me sinto muito honrado desta mesa estar sendo presidida pelo André, que é juiz do último concurso em que eu era presidente da comissão. O André foi meu aluno e eu fico muito orgulhoso disso. Como o Tiago Joffily, que também foi meu aluno e isso me causa um grande orgulho. Aliás, na UERJ quase todos os professores foram meus alunos e hoje eu aprendo muito mais com eles. São todos acadêmicos e eu sempre aprendo muito com os ex-alunos, e com o André eu tenho certeza que vou aprender muito.

Eram essas as considerações que eu queria fazer.

Obrigado. ❖

Análise Crítica dos Crimes de Perigo no Projeto de Código Penal

Prof^a. Dr^a. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Professora Associada do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual é Presidente da Comissão de Pesquisa e Doutora em Direito Penal.

Gostaria de saudar a todos e de expressar minha admiração por este público que hoje aqui está, em prejuízo de tantas outras atividades, preocupado com a reflexão sobre os rumos do Direito Penal brasileiro. Nesse sentido, também gostaria de, antes de mais nada, agradecer o convite que me foi formulado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa do Des. Paulo Baldez, e manifestar a grande satisfação que é poder participar deste evento tão importante para toda a sociedade brasileira.

Não poderia iniciar minha exposição sem antes render uma homenagem especial ao Professor Juarez Tavares, não só pelo seu brilhantismo e dedicação como penalista, mas sobretudo por sua preocupação por um estudo crítico do Direito Penal. Se o Direito Penal brasileiro ganha cada vez mais atenção e reconhecimento no plano internacional, isso é, em boa medida, fruto do trabalho desse grande jurista, que é um orgulho para todos nós, por representar com tanta competência esse espírito crítico. Por tudo isso, Juarez Tavares sempre será o professor de todos nós.

Coube-me trazer uma reflexão sobre os crimes de perigo no Projeto do Código Penal que atualmente tramita perante o Senado Federal. Antes de tratar desse tema específico, gostaria de fazer algumas considerações críticas de caráter geral.

Qualquer reflexão em matéria penal não é tarefa fácil, justamente em razão da antinomia que caracteriza a própria essência do Direito

Penal. Refiro-me aqui ao conflito latente e perene entre eficácia, no sentido de segurança da sociedade, e garantia, relacionada aos direitos fundamentais do indivíduo, a começar por sua liberdade. A busca do ponto de equilíbrio entre esses interesses (que na verdade conflitam de forma apenas aparente) revela-se, assim, uma das mais sérias dificuldades no estabelecimento do conteúdo e da legitimidade da intervenção jurídico-penal, estando, justamente por isso, sempre sujeita à revisão.

Daí surge a especial preocupação de ver a intervenção penal não como materialização de um direito de punir do Estado, mas sim de um poder ou competência de punir, que sempre necessita de justificação, por incidir sobre liberdades anteriormente asseguradas.

Se é assim, o cuidado que se deve tomar é de não nos contentarmos com uma tentativa de legitimação do Direito Penal a partir de um processo de racionalização. Há que se buscar a racionalidade da intervenção penal do Estado, que não se presume do princípio da legalidade em sentido formal. Em outras palavras, o legislador não pode ser considerado racional apenas por ser formalmente competente para elaborar normas. A racionalidade da norma há de ser verificada no plano material, residindo justamente na coerência da intervenção penal em relação à realidade social à qual se aplica e, portanto, deve servir.

Por isso é difícil legislar em matéria penal, porque se exige uma reflexão detida sobre o que é racional e o que se refere, na verdade, à racionalização de um sentimento primitivo de vingança ou de outros interesses políticos estranhos à proteção subsidiária e proporcional de interesses sociais fundamentais (bens jurídicos).

A partir dessa consideração inicial sobre racionalidade, pode-se estabelecer o pressuposto metodológico da discussão do tema de hoje.

O Direito serve à sociedade, disciplinando a convivência humana e, justamente por isso, reflete uma determinada ordem axiológica e as prioridades dessa convivência. Antes disso, a existência de diversas conformações sociais condiciona também a existência de diferentes modelos de Estado, influenciando diretamente no conteúdo das expectativas de comportamento que vão orientar o estabelecimento dos instrumentos formais de controle social. A adoção de determinada opção político-social orienta, assim, o conjunto normativo correspondente, impedindo que se possa afirmar aprioristicamente a existência de ordenamentos

jurídicos valorados em si mesmos corretos ou incorretos, mas sim de ordenamentos mais ou menos coerentes com o modelo político-social ao qual se relacionam. Qualquer reflexão sobre um ordenamento jurídico determinado deve, portanto, partir do pressuposto do modelo de Estado no qual este se insere. No nosso caso, toda a reflexão a seguir, no âmbito jurídico-penal, partirá da opção político-social brasileira por um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, antes de mais nada, cabe tentar estabelecer qual seja a racionalidade de um Projeto de Código Penal elaborado de atropelo, em apenas sete meses, sem margem para discussão ou revisão, sob a nítida influência de interesses políticos no âmbito do Senado Federal.

Aprende-se muito cedo nos bancos do curso de Direito que uma das melhores maneiras de verificar as intenções e a opção político-jurídica de qualquer diploma legal é analisar sua Exposição de Motivos. No caso em exame, soa produtivo também analisar o relatório apresentado com o Anteprojeto.

E aí temos, na página 10 do referido relatório, de forma emblemática, a audaciosa pretensão de *“inaugurar um novo marco penal dentro do direito brasileiro”*, o que por si só já revela que se está diante de um legislador que tem - ou imagina ter -, uma notável capacidade intelectual para lograr atingir tal objetivo em poucos meses, de forma inédita no âmbito jurídico-penal brasileiro.

Mais ainda, afirma a Exposição de Motivos que o Projeto de Código Penal *“é um projeto ambicioso... que, ao tornar a parte especial o centro do sistema penal, reduzindo o peso da legislação extravagante, romperia o fascínio da legislação penal de urgência”*.

De fato, soa louvável e socialmente importante a pretensa preocupação por uma maior racionalidade na produção normativa na esfera penal, evitando-se leis de urgência. Tal preocupação, porém, não se materializa efetivamente no corpo do projeto legislativo apresentado, estando-se diante, na verdade, da clara manifestação de um diploma penal de urgência, não apenas por ter sido elaborado com uma rapidez desnecessária, mas, sobretudo, por sua intenção deliberadamente populista. Nesse sentido, chama atenção de forma estupefacente o modo como acaba o relatório formal apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, expressamente dedicado a João Hélio e Ives Orta, crianças

vitimizadas por delitos que, amplamente noticiados em época recente pela imprensa, causaram especial comoção social. Sem demérito nenhum a quaisquer vítimas de delitos, não cabe ao legislador, na elaboração de um Código Penal com caráter geral e perene, a adoção de uma opção “jornalística” e casuística.

Surge, assim, já desde o início dos trabalhos legislativos o verdadeiro caráter do projeto apresentado, revelando-se o texto da Exposição de Motivos um adorno irreal, na medida em que contém afirmações pretensamente liberais e garantistas que, na verdade, não são adotadas efetivamente no corpo do código proposto. Questiona-se, assim, a quem se pretende enganar, como se a pretensa justificativa formal do Projeto de Código Penal fosse apta a contradizer de forma eficaz o que se dispõe em seguida com força normativa. Em matéria penal, não é possível agradar a todos, adotando-se ao mesmo tempo os discursos racional e punitivista, pois ambos os argumentos necessariamente se contradizem, destruindo, portanto, a credibilidade do legislador.

De outro lado, tem-se expressa a opção, no Projeto de Código Penal, pelo abandono de “*um referencial dogmático profundo*”, buscando, com isso, um Direito Penal “*com funcionalidade social, em sentido forte* (o que quer que isso queira dizer), *em atendimento à dignidade humana e à Constituição*”. Novamente, está-se diante de um discurso populista, alegórico, mas com real sentido inaceitável. Com efeito, a opção do legislador voltou-se claramente ao fechamento das portas à dogmática penal, conferindo-se prevalência a discursos pragmáticos, com ênfase na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, confirmada e positivada em vários momentos no Projeto apresentado. Em primeiro lugar, são óbvios os prejuízos de se abandonarem os referenciais científicos, que possibilitam conhecer e entender toda a evolução epistemológica do Direito Penal. Não é possível pretender inovar, como afirma o legislador, se não se tem compreensão do que se quer mudar. Em segundo lugar, tem-se um perigoso engessamento de posições jurisprudenciais sem a necessária reflexão crítica, como ocorre por exemplo com a positivação do princípio da insignificância, de forma equivocada e com critérios também equivocados, até porque são incoerentes com o próprio discurso do suposto legislador, como veremos a seguir.

Realmente logra-se a “*funcionalidade, em sentido duro, do Direito Penal*”, mas não uma funcionalidade à sociedade, e sim à Administração

da Justiça, que sempre busca eficiência formal, identificada com a ideia de celeridade.

Deixando de lado as críticas gerais, passa-se ao exame específico do que nos interessa: os crimes de perigo no Projeto de Código Penal. Nesse contexto, só é possível entender dogmaticamente o perigo a partir da referência do bem jurídico e da ideia de ofensividade. Antes de mais nada, cabe, então, analisar como o legislador brasileiro considerou todas essas questões.

Surge importante, nesse sentido, mencionar uma interessante passagem da Exposição de Motivos do Projeto apresentado:

“A missão de proteção dos bens jurídicos. O Direito Penal da culpabilidade e do fato resolve-se na finalidade de proteger posições jurídicas compatíveis com a Constituição (ainda que nelas não diretamente expressadas). É um direito que não se quer moral ou religioso, que não se presta a limitar modos de vida que não afetem terceiros ou a paz pública, nem se volta para exigir conformidades emocionais, sentimentais ou de pensamento em face de verdades públicas ou majoritárias. É um Direito Penal do pluralismo e da proteção do pluralismo, essencial à vida comunitária. Não colhe situações ou estados, mas comportamentos.”

No art. 14 do Projeto propriamente dito, surge pretensamente materializada a afirmação acima exposta do legislador:

“Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo.

Imagino que já se tenha discutido o suficiente sobre a absoluta dificuldade de compreensão do parágrafo único de mencionado artigo, que se revela tecnicamente equivocada, sobretudo por pretender trazer para dentro da norma penal concepções teóricas específicas que, por isso, estão sujeitas a questionamentos. Passa-se, assim, à análise do *caput* do arti-

go 14, que traz explícita a exigência de ofensividade para a configuração do crime, o que, por si, não ensejaria problemas, podendo ser considerada, como afirma Luis Greco em recente crítica, como a principal inovação do Projeto de Código Penal em matéria de princípios fundamentais. Mas a promessa expressa pelo legislador, imagina-se, deva ser concretizada em seguida, seja na Parte Geral, seja (e sobretudo) na Parte Especial. E aí surgem problemas graves. Em primeiro lugar, há que ver o que o legislador entende por ofensividade e seu rendimento no Direito Penal.

Nesse sentido, a análise do artigo 28, parágr. 1º., do Projeto, que trata do princípio da insignificância, evidencia que o legislador não está seguro do conceito de ofensividade e menos ainda de sua exigência. Isso porque, como critérios para o reconhecimento de tal princípio, exigem-se cumulativamente a “*mínima ofensividade da conduta*” e a “*inexpressividade da lesão jurídica provocada*”. Há de se questionar, antes de mais nada, qual seja a diferença entre ofensa e lesão jurídica.

De outro lado, o legislador pátrio exige ainda um terceiro requisito para a aplicação do princípio da insignificância: “*o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*”. A par da dificuldade da interpretação do que seja “reduzidíssimo”, o que leva necessariamente ao subjetivismo do aplicador da norma, tal requisito nada tem a ver com a ofensividade. Assim, uma conduta de ínfima ofensividade pode afinal ser considerada delitiva, por conta do grau de reprovabilidade do agente – esse, aliás, tem sido o posicionamento equivocadamente adotado pela Suprema Corte brasileira para excluir, por exemplo, a insignificância da conduta quando praticada por reincidente, o que não soa coerente com o sistema penal de proteção subsidiária de bens jurídicos. Indaga-se, então, se realmente está presente no Projeto do Código Penal a exigência de ofensividade. Indubitavelmente (e deliberadamente), não.

Aliás, sobre a insignificância, é curioso ver como ela aparece de forma contraditória e atécnica. Com efeito, na Exposição de Motivos o princípio da insignificância surge em referência à tipicidade; na Parte Geral, porém, aparece dentre as causas de justificação; e na Parte Especial (art. 348, parágr. 8º.), finalmente, ressurgue como excludente da tipicidade nas hipóteses de fraude fiscal e previdenciária.

Da mesma forma, também quando trata de tentativa e consumação, o legislador brasileiro demonstra não compreender o rendimento do conceito de ofensividade. De fato, embora tentativa e consumação sejam

conceitos formais, referidos à realização do tipo objetivo, estabelece-se no Projeto de Código Penal a ofensa ao bem jurídico como critério diferenciador. Buscando aparentar sofisticação, o legislador acaba, portanto, revelando desconhecimento técnico.

Ainda sobre o artigo 14 do Projeto apresentado, e agora em referência direta aos crimes de perigo, parece que se quis agradar a todos, aceitando-se simultaneamente os crimes de perigo concreto e os de perigo abstrato, o que, à primeira vista, poderia ser considerada uma opção político-criminal aceitável. Basta, porém, uma leitura superficial da Parte Especial do Projeto para verificar de pronto a existência não apenas das duas modalidades de perigo, como também de tipos penais sem nenhuma ofensividade. Mais do que isso, tem-se tipos penais desprovidos de bem jurídico digno de tutela, a evidenciar a tentativa de proteção de bens jurídicos aparentes e mesmo de funções. Resta esvaziada, assim, a propaganda de um “Direito Penal de proteção de bens jurídicos”, conforme prometido na Exposição de Motivos.

A delimitação do conteúdo de qualquer delito deve passar, em primeiro lugar, pela precisão do bem jurídico que delimita a norma. Só se pode verificar a ofensividade de uma conduta em função da relação da conduta praticada em relação ao bem jurídico tutelado. Se não é possível compreender qual é o bem jurídico, toda a construção da ofensividade e, assim, do perigo ou lesão, será meramente retórica, falaciosa.

Vejam alguns tipos penais do Projeto de Código Penal, selecionados de modo meramente ilustrativo:

Em primeiro lugar, tem-se nos artigos 202 e 203 do Projeto a ideia da condução de veículo automotor sobre a influência de álcool ou substâncias de efeitos análogos. Com efeito, o artigo 202 tipifica a conduta de *“conduzir veículo automotor na via pública sob influência de álcool ou substâncias análogas expondo a danos em potencial a segurança viária”*, cominando a pena de prisão de 1 a 3 anos. Trata-se nessa hipótese de crime de perigo concreto, haja vista ser o perigo exposto como exigência do tipo penal e materializado no dano potencial à segurança viária. O art. 203, por sua vez, criminaliza a conduta de *“conduzir veículo automotor na via pública sob a influência de álcool ou substâncias de efeitos análogos sendo manifesta a incapacidade para fazê-lo com segurança”*, cominando igualmente a pena de prisão de 1 a 3 anos.

Embora seja idêntica a sanção em ambos os tipos penais transcritos, a hipótese concreta parece guardar importantes diferenças. Nesse sentido, o artigo 203 materializa, na verdade, a política de “tolerância zero” em relação à embriaguez, tendo sido extraído de uma norma administrativa prevista originalmente no Código de Trânsito Brasileiro, que já continha uma sanção própria, naquela esfera. Indaga-se, assim, no que consiste o crime previsto no art. 203 do Projeto de Código Penal e como diferenciá-lo do tipo penal do art. 202. Tratar-se-ia de perigo concreto no primeiro caso e de perigo abstrato no segundo? Se é assim, não há proporcionalidade e, assim, racionalidade, de serem cominadas penas idênticas em ambos os casos, haja vista a diferença em relação à ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Da mesma forma, tratando de corrupção e adulteração de medicamento, de produto alimentício, de cosmético, o art. 230 do Projeto de Código Penal criminaliza a conduta de *“corromper e adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando nocivo à saúde ou reduzindo-lhe valor nutritivo.”* Partindo da consideração da antecipação da intervenção penal no sentido de tutelar uma situação de perigo, há que se perguntar qual seria o bem jurídico efetivamente ameaçado, a justificar o tipo penal. Conforme sua própria localização, o art. 230 do Projeto estaria voltado à tutela da saúde pública. Indaga-se, porém, que ofensa à saúde pública pode decorrer da redução de valor nutritivo de um determinado produto alimentício? Trata-se, na realidade, de conduta materialmente ofensa às relações de consumo, não se justificando a intervenção penal tal como proposta.

Seguindo na leitura do Projeto de Código Penal, tem-se nos artigos 232, 352 e 412 crítica semelhante em relação à ofensividade. De fato, o art. 232 criminaliza a conduta de *“importar para a venda, vender ou expor à venda, ter em depósito para vender ou de qualquer forma ou distribuir ou empregar a consumo produtos terapêuticos, matéria prima e insumo farmacêutico ou em uso de diagnóstico em qualquer das seguintes condições: primeira condição: **sem registro quando exigível no órgão de vigilância sanitária competente.**(...) Pena: prisão de 2 a 6 anos.”* Por sua vez, o art. 352, especificamente voltado ao âmbito ambiental, criminaliza o transporte de animal *“em veículo ou (sic) condições inadequadas que coloquem em risco sua saúde ou integridade física **ou sem a documentação estabelecida por lei.** Pena: prisão de 1 a 4 anos”.* Finalmente, o art. 412,

também na esfera ambiental, tipifica a conduta de “*comercializar motoserra sem licença ou registro*”. Em todos os caso, questiona-se em que consistiria a ofensividade das condutas. Na verdade, propõe-se a punição da mera infração de um dever (posse de um documento ou autorização), a projetar a tentativa da tutela de meras funções, o que se revela inadmissível no âmbito de um Direito Penal racional e contraria a própria promessa expressa na Exposição de Motivos do Projeto de Código Penal.

Finalmente, tratando especificamente do bem jurídico como elemento referencial para o exame da ofensividade, a diferenciar as hipóteses de perigo daquelas de dano efetivo, tem-se inúmeros problemas, a exemplo do art. 277 do Projeto, que tipifica o enriquecimento de funcionário público nos seguintes termos: *“É punido com pena de 1 a 5 anos privativa de liberdade o funcionário público que possuir um patrimônio que seja incompatível com os seus rendimentos ou bens legítimos”*. Sem adentrar a discussão mais refinada sobre o acerto ou não da criminalização de tal conduta sob a perspectiva da inversão do ônus da prova e da presunção de inocência, questiona-se o que se está a tutelar e, assim, o que condiciona a análise de ofensividade na hipótese. A transparência do funcionário público? Na verdade, a transparência como dever do funcionário público é exigível internamente, no âmbito da própria Administração Pública, e já é sancionada, há vinte anos, pela Lei brasileira de Improbidade Administrativa. Estar-se-ia punindo de forma transversa a corrupção que não restou devidamente apurada? Se assim for, a própria rubrica do tipo penal soa equivocada, levando o aplicador do Direito a erro, já que o que pune é, na verdade, o enriquecimento presumidamente ilícito (pois caso pudesse ser considerado efetivamente ilícito, levaria à punição por corrupção). Da mesma forma, a criminalização do jogo de azar leva a um importante questionamento sobre o próprio objeto de tutela. Embora o tipo penal mencionado esteja inserido dentre os crimes contra a paz pública, parece estar-se diante de um bem jurídico aparente, a justificar apenas retoricamente uma norma incriminadora desprovida de racionalidade.

Em todos os casos tratados, verifica-se que a dúvida sobre o próprio referencial dos tipos penais permite uma manipulação perigosa e autoritária pelo aplicador do Direito, restando claros os erros metodológicos e teóricos do Projeto apresentado.

Poder-se-ia afirmar – como de fato se fez – que é possível consertar os erros, que na verdade são devidos à pressa do legislador, decorrente do

exíguo prazo imposto à Comissão de Juristas. Lamentavelmente, não há como consertar o texto produzido, que mais do que mera atecnia, revela o profundo populismo e demagogia com que se tratou o Direito Penal brasileiro. O Projeto de Código Penal é casuístico, assistemático, arrogante e repleto de promessas falaciosas, envergonhando a todos os brasileiros. É verdade que há algumas inovações pontuais, decorrentes de doutrinas específicas que já vinham condicionando a evolução do Direito Penal, mas que tropeçam em si mesmas, pois estão inseridas em uma estrutura contraditória e desorientada.

Afinal, qual é a verdadeira intenção do Projeto de Código Penal? Qual a opção político-criminal adotada? Fazendo coro com todos os que me antecederam, conclui-se ser ingênuo acreditar que o problema seja só de impropriedade técnica, de incompetência do legislador. Na verdade, a questão é mais profunda e envolve opções ideológicas. A pergunta a se fazer é, então: por que tanta pressa? Por que elaborar um Código Penal sem nenhuma abertura para a discussão (em sentido científica, e não a discussão midiática) e a revisão? Sem dúvida, pode-se afirmar que o populismo deliberado do Projeto apresentado esconde sua natureza nada liberal. Busca-se agradar, refletir traços de pseudo-modernidade, tratar de temas que são da moda, sem nem sequer se preocupar em entender e sistematizar os assuntos abordados. Tais temas de moda não tornam, porém, liberal um projeto repleto de dispositivos nada liberais, autoritários, retrógrados.

O Direito Penal não é um conjunto de leis escritas simplesmente com a descrição de comportamentos e respectivas penas, se fosse assim, um mero conjunto de leis escritas, bastaria ser minimamente alfabetizado para criá-lo, aplicá-lo ou alterá-lo.

Minha função hoje é, lamentavelmente, constrangedora, porque de crítica incisiva. Todos os que se dedicam ao estudo do Direito Penal, fundamentalmente os professores, não poderiam se intitular como tal se fugissem a uma discussão tão importante com a honestidade devida. Há de se mobilizar contra o absurdo.

Não é fácil legislar. Ninguém diz o contrário e nem exigiu isso do legislador. Justamente por isso, a reforma de um Código Penal traz a necessidade de uma ampla discussão, que não pode ser posterior, a título de remendo ou maquiagem.

O momento de reelaboração de um Código seria uma excelente oportunidade para reflexão, no sentido de avançar, dirimir questões, amadurecer. Todas essas esperanças foram jogadas no lixo pelo legislador. Mais do que perder uma oportunidade, retrocedemos.

Nós já tivemos um dia um Código Criminal que serviu de modelo para quem antes nos havia colonizado. Assim, é possível acreditar que o Brasil pode muito mais do que isso que ora tramita no Senado Federal.

Agradeço pela atenção e parabenizo, uma vez mais, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pela importante iniciativa. ❖

A Reforma dos Crimes Patrimoniais

Prof. Dr. Luís Wanderley Gazoto

Mestrado em Direito e Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília. Membro do Ministério Público Federal. Procurador da República em Umuarama/PR. Professor de cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura Tocantinense, da Unipar - Universidade Paranaense e Faculdade Pio Décimo.

A crítica da ideologia adotada pelo projeto de reforma do Código Penal já foi bem debatida neste evento, pelos mais abalizados palestrantes, de maneira que procurarei fazer uma abordagem mais simples, prática, do projeto, quanto a suas consequências.

A minha ideia geral é que o projeto, quanto aos crimes contra o patrimônio, cria alguns tipos novos, altera outros, traz algumas medidas “despenalizadoras”, mas não se revela uma grande novidade legislativa, nem tampouco, penso, pode ser objeto de intensa crítica por carência de sistematicidade, falta de ordenamento etc. O que não quer dizer que está livre de críticas pontuais e de uma reclamação geral: a perda de oportunidade de se efetuar uma verdadeira “reforma”.

Vou fazer um sobrevoo pelas principais novidades, depois, tentarei demonstrar que é enganosa a propaganda de que se trata de um código despenalizador; para tanto, farei uma comparação das penas deste projeto com as sanções atuais, do código de 1940, e, ainda, com as penas do código de 1890, o código republicano.

Iniciemos pelas mitigações penais inovadoras. Cinco crimes tiveram tratamento específico aparentemente redutor de penas: furto simples, dano, estelionato, apropriação indébita e receptação. Em comum, são hipóteses criminais destituídas de violência à pessoa, aos quais a comissão excluiu a pena privativa de liberdade, substituindo-a pela multa. Isto “parece” ter um efeito positivo, porque as pessoas que praticam furtos sobre bens de valor reduzido, ao final do processo, não seriam levadas ao cárcere. Entretanto, a exclusão da tipicidade desses crimes de menor

potencial ofensivo seria a medida mais justa, pois, na prática, a polícia vai tratar o ladrão de galinhas como sempre tratou: empregando-se de violência para prendê-lo em flagrante, humilhando-o e exercendo o poder “da polícia” da maneira como todos sabemos que é feito no Brasil, quando se trata de delinquente pobre. A manutenção do tipo importa evidentemente na necessidade do desgastante processo penal. Outra consequência prática seria a de que os magistrados deixariam de aplicar o princípio da insignificância às mesmas hipóteses que aplicam hoje, atribuindo aos réus a pena de multa, lançando-lhes os nomes no rol dos culpados, com todos os corolários da condenação criminal.

Para esses mesmos cinco tipos penais, temos a novidade de extinção da punibilidade quando há reparação do dano aceita pela vítima. Bem, em geral, as pessoas que praticam infrações de pequeno valor não têm com o que reparar o dano; então, um indivíduo que já está preso por ter furtado coisa insignificante não terá como fazer reparação posterior e, possivelmente, vai praticar outro delito, se estiver solto, para conseguir recursos para saldar seu primeiro débito. E tem mais, fazendo papel de advogado do diabo, do ponto de vista da vítima, o que ocorreria se ela quisesse a reparação, mas também quisesse a persecução penal? Se ela aceitar a reparação, abre mão da persecução penal. Então, pode-se criar também uma situação de permanência da litigiosidade que o crime em si poderia constituir.

Mudando de assunto – o projeto expande a possibilidade de delação premiada nos crimes de sequestro. Aqui faço apenas a constatação de que a delação premiada já tem previsão na Lei 9.807/99, de espectro abrangente a todos os tipos penais, mas não vem sendo aplicada com muita frequência porque os acusados não tendem a realizar esse tipo de delação. Pessoalmente, em 16 anos de atividade em cargos criminais no Ministério Público Federal, nunca conseguir fazer uma delação premiada.

Voltando aos cinco crimes patrimoniais praticados sem violência (furto simples, dano, estelionato, apropriação indébita e receptação), tais tipos, pelo projeto, tornam-se crimes de ação penal pública condicionada à representação da vítima. O que vejo com bons olhos.

A propósito do crime de roubo, antes de tratar do projeto, vamos recordar um caso emblemático ocorrido em São Paulo, em 2006: falo de Angélica, mãe solteira, à época com 19 anos de idade, presa quando estava de saída do supermercado, furtando uma lata de manteiga, mas que,

ao ser abordada pelos seguranças, disse-lhes, em evidente blefe: “Se vocês me prenderem, eu vou matá-los!” Esse fato foi tido pela justiça estadual como caso de “roubo”, mas onde está a violência? Entendeu-se que seria o caso de “roubo impróprio”, pois a ameaça teria sido praticada para sair da situação de flagrante. Enfim, Angélica ficou presa 128 dias e foi condenada a quatro anos de reclusão; somente através de um *Habeas Corpus* concedido pelo STJ é que houve uma redução da pena. Mas não foi absolvida, não! Houve apenas a redução da pena e, por causa disso, a progressão de regime e, conseqüentemente, solta, mas efetivamente condenada.

Para atender a hipóteses dessa natureza, o projeto estabeleceu a novidade do artigo 157, § 2º, quando o juiz reduziria a pena de um sexto a um terço, no caso de crime de roubo praticado sem violência real, se a coisa subtraída for de pequeno valor e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima.

De qualquer maneira, mesmo com a mudança legislativa, Angélica seria presa em flagrante, julgada e condenada.

Como se vê, o projeto não resolve o problema do ladrão de galinhas, do ladrão de botijão de gás, e também não resolve a situação de Angélica.

Vejam algumas novidades no âmbito dos principais tipos dos crimes contra o patrimônio: o furto e o roubo.

No crime de furto, o projeto equipara à coisa móvel o sinal de televisão a cabo ou de internet ou item assemelhado que tenha valor econômico. Tal equiparação, mais a efetiva aplicação da pena do art. 306 do Código de Trânsito, que criminaliza a conduta do motorista que dirige depois de beber dois copos de cerveja, vai levar quase toda a população brasileira ao cárcere! Bem, a mim me parece totalmente desnecessária a tipificação dessa hipótese; acho que, ao contrário, deveríamos nos mobilizar para que os preços dessas empresas de televisão por assinatura fossem diminuídos – enquanto nos Estados Unidos, por oitenta dólares, se consegue a assinatura de televisão, internet e telefone livre, aqui no Brasil o plano master da Sky, somente para TV, é de cerca de trezentos e quarenta reais.

Também, como novidade, temos o “furto de coisa pública” (art. 155, § 4º, inc. II), classificado como furto qualificado e, daí, a pena

é dobrada: passa de um a quatro anos para dois a oito anos. A esse propósito, existem várias situações que importam certa gravidade, como o exemplo furto de fios de rede elétrica, mas existem coisas públicas que não possuem relevância utilitária maior do que a propriedade privada; trata-se de rigor desnecessário.

No art. 155, § 4º, inc. II, temos a qualificação do furto, sempre com a pena dobrada, quando praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou calamidade pública; todavia, no mesmo projeto, já temos a causa de aumento genérica, da mesma natureza, no art. 77, inc. III, alínea j. Portanto, trata-se também de medida desnecessária.

No art. 155, § 4º, inc. IV, temos a qualificadora para a hipótese de furto de veículo automotor com a finalidade de transportá-lo para outro Estado ou para o Exterior. Penso que essa qualificadora é de um absoluto despropósito: por que dobrar a pena simplesmente porque o furto do veículo foi feito com a finalidade de envio da *res furtiva* para outro Estado? Para outro país, ainda vá lá, pela dificuldade de sua recuperação – ainda há alguma lógica, já que o veículo possivelmente não será encontrado –, mas para outro Estado? Existem diversas cidades de Estados vizinhos que são separadas por um rio; furtado um automóvel em uma cidade dessas e levado para a outra, dobra-se a pena do furto. Por quê? Bom, eu não sei o porquê.

O caso de furto com o emprego de explosivo também passará a ser hipótese de furto qualificado (art. 155, § 4º), cuja pena será de quatro a dez anos de reclusão, bastante acentuada, portanto. A minha crítica, aqui, é a de que se trata de regulamentação desnecessária, posto que já existe o crime de perigo comum, pelo emprego de explosivo. Na prática, pode-se criar um aumento de pena injusto quando o agente está portando o explosivo, entra no estabelecimento para realizar o furto e, ainda sem usar o artefato, é flagrado, incidindo, assim, em mera tentativa. Nesse caso, o agente será condenado por tentativa de furto qualificado pelo uso de explosivo, sem que, de fato, tenha ao menos iniciado o emprego do explosivo.

Criou-se também uma qualificadora para roubo em residência (art. 155, § 3º, inc. IV), novidade que entendo ser necessária, pois o roubo em residência, por suas consequências traumáticas, merece um tratamento um pouco mais agravado.

Alguns novos tipos penais foram criados, como o “dano a dados informáticos” (art. 164). Trata-se, também, a meu ver, de criminalização necessária. Atuei num caso, em Brasília, em que um hacker acessou um computador de um Senador e destruiu tudo; disse o Senador que perdera o trabalho de três anos de pesquisa; ofereci denúncia pelo crime de dano à Justiça Federal, mas ela não foi recebida, sob o argumento de atipicidade; recorri ao TRF, mas não tive sucesso também. Enfim, a novidade é boa e a pena, de seis meses a três anos, parece ser adequada.

Criou-se o tipo-crime de “corrupção entre particulares” (art. 167), tanto na modalidade ativa como passiva (*caput* e parágrafo único). De acordo com a exposição de motivos do projeto, essa inserção foi feita porque o Brasil assinou, em 2006, a Convenção da ONU sobre o combate à corrupção, em que uma das medidas seria a criminalização, por meio de tipo penal específico, na legislação de cada país signatário.

Temos também o crime de “fraude informática” (art. 170); na verdade, é uma modalidade de estelionato, mas praticado com o emprego da informática. No meu sentir, trata-se de especificação desnecessária, mesmo porque a pena é a mesma do estelionato básico.

Ainda no âmbito do estelionato, o projeto inova com uma causa de aumento de pena denominada “estelionato massivo”: “Art. 171. § 2º A pena é aumentada de um a dois terços se a fraude é destinada a produzir efeitos em número expressivo de vítimas, ressalvada a hipótese do concurso formal, quando aplicável.” Estudando a exposição de motivos do projeto, encontrei um exemplo dado pela comissão: a emissão de boletos de dívidas inexistentes, expedidos a milhares de pessoas. Mas, vejamos: se um estelionatário expede 10 mil boletos falsos e 200 pessoas caem no golpe, serão 200 incidências de estelionato, pois foram 200 ações e 200 resultados; *a priori*, tratar-se-ia de hipótese de concurso material de penas (CP, art. 69); eventualmente, poderia ocorrer “crime continuado” (CP, art. 71), caso se entendesse que as ações estivessem ligadas pelas mesmas circunstâncias de tempo, lugar etc. Outra situação seria a prática de uma única ação (por exemplo, um anúncio, na imprensa, para pessoas depositarem dinheiro em uma conta e receberem produtos), mas aí teremos a figura do concurso formal (CP, art. 70). Então, não consigo entender quando teria aplicação essa novidade.

Passemos à segunda parte de nossa análise, relativa ao rigor das penas. A comissão entendeu que o projeto é despenalizante; mas, vejamos: já comentamos algumas novidades há pouco, alertando para sua relativa ineficácia; agora, gostaria de tratar das penas, em geral.

Vejamos, inicialmente, um quadro comparativo entre as penas dos principais tipos dos crimes contra o patrimônio do Código Penal vigente e do projeto:

Crimes	CP 1940	CP 2012	relação
furto simples	1-4a	6m-3a	↓
furto qualificado/aum.	2-8a	8m-4a6m	↓
roubo simples	4a-10a	3a-6a	↓
roubo qualificado	5a4m - 15	4a-8a	↓
latrocínio	20-30a	20-30a	↔
extorsão mediante sequestro	8-15a	8-15a	↔
Dano	1-6m ou multa	6m-1a ou multa	↑
apropriação indébita	1-4a	6m-3a	↓
estelionato	1-5a	1-5a	↔
receptação	1-4a	1-5a	↑

Vocês podem perceber que houve uma diminuição da pena no furto simples, no furto qualificado (na verdade, o projeto estipula alguns casos de qualificadora e muitas das figuras que antes eram furto qualificado passam a ser um furto com aumento de pena). De qualquer forma, podemos reparar que, no furto simples, no furto qualificado, apropriação indébita, roubo simples, roubo qualificado, a pena realmente diminuiu, não diminuiu muito, mas diminuiu. No caso do latrocínio e da extorsão mediante sequestro, a pena permaneceu a mesma. Idem quanto ao estelionato. Nos crimes de dano e receptação, a pena aumentou. Para simplificar, considerando que os crimes de furto e roubo são os crimes mais re-

levantes no capítulo dos crimes contra o patrimônio, pode-se que concluir que houve uma diminuição de pena, ainda que modesta.

Agora, vamos fazer a mesma comparação entre as penas do projeto e as do código republicano, de 1890:

Crimes	CP 1890	CP 2012	relação
furto simples	6m-3a (máx.)	6m-3a	↔
furto qualificado/aum.		8m-4a6m	↑
roubo simples	2a-8a	3a-6a	↔
roubo qualificado		4a-8a	↑
latrocínio	12-30 ^a	20-30a	↑
extorsão mediante sequestro	2-8 ^a	8-15a	↑
dano	1-3m e multa	6m-1a ou multa	↑
apropriação indébita	6m-3a (máx.)	6m-3a	↔
estelionato	1-4a	1-5a	↑
receptação	cúmplice	1-5a	↑

Se vocês repararem, no caso dos crimes de furto qualificado, roubo qualificado, latrocínio, extorsão mediante sequestro, dano, estelionato e receptação as penas do projeto são maiores do que as do Código de 1890; teríamos ainda dois casos de igualdade: na apropriação indébita e no roubo simples, se bem que no roubo simples se se observar a pena mínima, percebe-se que também é maior. Conclusão: as penas do projeto são mais graves do que as do Código de 1890.

Parece-me oportuno lembrar que, no vigente Código de 1940, as penas são absurdamente graves, pois adotou-se, em boa parte, a técnica do positivismo criminológico de Lombroso, Garófalo e Ferri, a qual prescrevia penas de longa duração e um sistema de prêmios, com possível abrandamento, em caso de regeneração do delinquente. Esse é o Código Penal de Getúlio Vargas, quando se sonhava com um sistema prisional

capaz de “reeducar” o apenado, que seria tratado como um “doente”. Talvez os positivistas tivessem alguma razão, mas a pergunta que se faz é: as nossas penitenciárias são capazes de promover progressos no comportamento individual dos apenados?

Sinceramente, dada nossa realidade carcerária, caso eu fosse condenado, preferiria ficar um ano quebrando pedras num trabalho forçado (o que seria tido como “pena cruel”, tempos atrás), do que ficar um mês cumprindo pena privativa de liberdade em alguma penitenciária brasileira.

Então, esse momento seria oportuno para repensarmos a pena, como um todo, antes de sairmos por aí atribuindo números aos preceitos secundários dos diversos tipos penais. Precisamos primeiramente fazer um estudo científico a respeito do que significa um, dois, dez dias na prisão. Existem vários estudos científicos, feitos em várias épocas da nossa civilização: em 1850, em 1930, e mais recentemente, na década de 1990, que confirmam a afirmação de Beccaria de que o rigor das penas não é capaz de provocar diminuição na incidência criminal.

Portanto, penso que seria a hora de reentender o Direito Penal, buscando a experiência em países diversos, mas, principalmente, idealizando um sistema penal compatível com nossas realidades, não a realidade da mídia, mas da Ciência Penal brasileira, que já está suficientemente desenvolvida para elaborar um Código Penal realmente inovador.

Enfim, minha conclusão é que, com o projeto, tivemos alguns progressos, algumas inconsistências, alguns erros, mas o que mais sinto é a perda da oportunidade para se operar uma verdadeira reforma do Direito Penal no Brasil. ❖

Projeto de Reforma do Código Penal: Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título IV, Capítulos I e II)

Prof. Dr. Paulo Queiroz

Doutor em Direito (PUC/SP), Procurador Regional da República em Brasília e Professor do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

I) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Impressão geral do projeto nº 236/2012, do Senado: no que tange aos crimes contra a dignidade sexual, a legislação atualmente existente é melhor e tecnicamente muito superior ao projeto. Seria mais razoável corrigir, atualizar e melhorar a legislação já em vigor, sem a pretensão de começar do ponto zero, como se nada existisse. Não é plausível tampouco pretender incorporar ao Código Penal toda a legislação penal extravagante. A meu ver, essa pretensão é, ela mesma, uma extravagância.¹

A Exposição de Motivos, além de conter equívocos, é lacônica, superficial e praticamente não explica as modificações levadas a efeito.

Assim, por exemplo, afirma que foi criado o tipo de “molestação sexual”, quando, em verdade, o delito tem por *nomen juris* “molestamento sexual” (arts. 182 e 188).

Ademais, não é verdade que a “conjunção carnal virou **estupro vaginal**”, seja porque o *nomen juris* do crime é simplesmente **estupro**, seja porque não é só a cópula que é proibida pelo tipo, mas também a prática de sexo oral e anal.

Tem-se a impressão, aliás, de que a Exposição de Motivos desconhecia as recentes alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/2009,

¹ Tenho que um Código é indispensável, competindo-lhe estabelecer as regras e institutos fundamentais que vão informar a atividade penal do Estado. Mas o fato é que a legislação se expandiu de tal modo que é praticamente impossível reduzi-la a um Código. Ademais, assuntos há que, por sua especialidade e complexidade, demandam lei especial.

que, entre outras coisas, atualizou o título para “crimes contra dignidade sexual”, visto que ela consigna (p. 321) que “embora o texto de 1940 tenha recebido modificações pontuais, elas não foram suficientes para honrar o nome atual do título – crimes contra a dignidade sexual – permanecendo, como sombra, o nome antigo, talvez revelador da ideologia de tipificação ali encontrada: **crimes contra os costumes**”. Também aqui o texto é confuso.

Quanto à idade do vulnerável, o projeto assinala que “a Comissão entendeu apropriado acompanhar o critério estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança o ser humano até os 12 anos de idade”. E de fato os crimes sexuais contra vulnerável fazem referência a “pessoa que tenha até doze anos”.

Tenho, porém, que a expressão “até doze anos” é das mais ambíguas, podendo designar tanto quem não completou doze anos quanto quem ainda não completou treze anos.

É que a referência “até doze anos”, sem mais, não exclui as frações de ano (meses e dias) que se seguem aos doze anos completos. Assim, quem tem doze anos, meses e dias, não tem nem mais, nem menos de “até doze anos”, visto que o vocábulo “até” estabelece um limite de ano, mas não de meses e dias.

Do meu ponto de vista, o sujeito só perde a condição de “até doze anos” quando completa treze anos.

Aliás, tão ambíguo é o vocábulo em que a Exposição de Motivos afirma:

*É de observar que o conceito de vulnerável foi alterado se comparado ao adotado pela legislação atualmente em vigor, que usa o marco dos 14 anos. Ocorre que a Comissão entendeu apropriado acompanhar o critério estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que considera criança o ser humano até os 12 anos de idade. Além disso, é comum que **pré-adolescentes iniciem a vida afetiva aos 13 anos**, o que coloca o direito penal atual defasado em relação às alterações de comportamento.*

Justamente por isso, é que o ECA (Lei nº 8.069/90, art. 2º²) dá a seguinte definição de *criança*: “criança: indivíduo até 12 (doze) anos de idade **incompletos**”.

De todo modo, o projeto corrigiu a ambiguidade, tempestivamente, ao dispor, em seu art. 503:

Para efeitos penais, considera criança pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parece infundada igualmente a afirmação de que os termos (tradicional) *conjunção carnal* e *atos libidinosos diversos da conjunção carnal* sejam causa de “uma série de dificuldades na aplicação a lei”, como pretende a Exposição.

Finalmente, parece-me extremamente exíguo o prazo de 90 (noventa) dias para a entrada em vigor da lei (*vacatio legis*), nos termos do art. 543 do Projeto.

Lembro que o novo Código Civil entrou em vigor somente após um ano da data da sua publicação. E o Decreto-lei nº 2.848 (Código Penal atual), de 7 de dezembro de 1940, só passou a vigorar no dia 1º de janeiro de 1942 (art. 361), mais de um ano depois.

Naturalmente que um projeto tão ambicioso, com repercussão tão ampla, que pretende reduzir tudo a um único Código, demandaria um tempo de *vacatio legis* muito superior ao previsto (90 dias).

II) DESCRIMINALIZAÇÃO

O projeto propõe, a meu ver, corretamente, a abolição dos seguintes tipos penais: 1) posse sexual mediante fraude (CP, art. 215³); 2) mediação para servir à lascívia de outrem (art. 227⁴); 3) favorecimento da pros-

2 O art. 2º do ECA dispõe: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a **pessoa até doze anos de idade incompletos**, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

3 Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

4 Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

tuição (art. 228⁵); 4) casa de prostituição (art. 229⁶); 5) rufianismo (art. 230⁷); 6) tráfico internacional e interno de pessoas para fins de exploração sexual (arts. 231 e 231-A⁸); 7) ato obsceno (art. 233⁹); 8) escrito ou objeto obsceno (art. 234¹⁰).

Nalguns casos, houve abolição apenas parcial, porque certos tipos ou sofreram simples reformulação ou migraram para outros tipos penais. Exemplo disso é o tráfico de pessoas (art. 469) que, além de passar a constituir *crime contra os direitos humanos*, com o projeto, só configura crime se houver emprego de ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Conseqüentemente, é atípica a simples intermediação da prostituição (lenocínio), isto é, sempre que a suposta vítima, voluntariamente, e sem constrangimento ilegal algum, entrar ou sair do país para exercer a prostituição ou similar.

Algo semelhante ocorreu com os tipos penais previstos no ECA, que foram reproduzidos na sua maioria.

III) PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL (TÍTULO IV, CAPÍTULO I)

As principais alterações levadas a efeito pelo projeto são as seguintes: 1) dá nova redação ao estupro, restringindo-lhe o significado, substituindo a expressão “conjunção carnal” por “ato sexual vaginal, anal ou oral”; 2) dá nova redação ao estupro de vulnerável, restringindo-lhe o

5 Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

6 Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

7 Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

8 Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

9 Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

10 Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

significado, fazendo a mencionada alteração quanto ao estupro violento; 3) reduz, quanto ao fator etário, o estado de vulnerável para “pessoa que tenha até doze anos”; 4) cria os seguintes tipos: a) manipulação e introdução sexual de objetos (art. 181); b) molestamento sexual (art. 182); c) exploração sexual (art. 183); d) esterilização forçada (art. 184).

1) Considerações críticas

Parece-me razoável a redução da idade do vulnerável para menos de 14 (catorze) anos, diversamente da legislação em vigor. Mas creio que seria preferível, conforme é da nossa tradição, falar de “menor de 12 (doze) anos” ou “menor de 13 (treze) anos” ou, ainda, “pessoa de até 12 (doze) anos **incompletos**”, em vez de, simplesmente, “pessoa que tenha até doze anos”. Já vimos quão ambígua é essa expressão.

Não tenho objeção ao termo “ato sexual vaginal, anal ou oral”, em substituição a “conjunção carnal”, embora não concorde com a exposição quando afirma que ele é “demasiadamente erudito”, mesmo porque a lei deve ser redigida com o máximo de precisão, podendo e devendo recorrer, sempre que necessário, a expressões técnicas ou mesmo desconhecidas. Aliás, desse ponto de vista, também *ato libidinoso*, que o projeto mantém, seria “demasiadamente erudito”.

De mais a mais, o projeto é, aqui e em outros lugares, pleno de palavras desconhecidas do público não especializado. Exemplo disso é, entre outros, o novo tipo de “transgenerização forçada” (art. 464).

Julgo também plausível a distinção entre estupro e molestamento sexual, dada a diversidade de situações, a evitar penas desproporcionais. Mas creio desnecessário um tipo penal autônomo para tanto (art. 182). Bastaria, com efeito, criar-se um parágrafo prevendo essa forma privilegiada de estupro.

Quanto ao estupro propriamente dito, o parágrafo único¹¹ é bastante ambíguo porque não está claro o que vem a ser “mais de uma conduta descrita no *caput*”. Ademais, pode importar em *bis in idem*, visto que poderá configurar concurso de crimes (formal, material ou continuidade delitiva) ou crime único. O mesmo deve ser dito, *mutatis mutandis*, acerca do § 3º do art. 186, que prevê regra similar.

11 Parágrafo único. Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no *caput*, a pena é aumentada de um terço a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Sobre o crime de manipulação e introdução sexual de objetos (art. 181¹²), tenho que o tipo é absolutamente desnecessário, uma vez que constitui uma das possíveis formas de estupro (art. 180), tanto que comina a mesma pena (prisão, de seis a dez anos).

Aliás, é de estranhar que, embora os artigos 180 (estupro) e 181 (manipulação e introdução sexual de objetos) cominem a mesma pena (prisão, de seis a dez anos), somente o estupro e o estupro de vulnerável figurem no rol dos crimes hediondos (art. 56, V).

E mais: não havia necessidade de criar-se um tipo penal autônomo, pois tal infração poderia constituir, perfeitamente, uma forma equiparada de estupro, tal como fez o Código Penal português (art. 164).¹³

Ademais, ao mencionar o ato de “constranger a suportar”, o tipo deixa de alcançar as hipóteses em que o agente constrange a vítima a introduzir nele, agente, os tais objetos.

Além disso, a norma não se refere a *introdução oral* de objetos, apesar de os demais tipos falarem de sexo vaginal, anal e **ORAL**. A omissão é injustificável, portanto.

Já o crime de molestamento sexual (art. 182¹⁴) compreende, a meu ver, na sua redação, um caso de estupro de vulnerável, ao citar a hipótese de “ou se aproveitando de situação que dificulte a defesa da vítima”, importando em *bis in idem*.

Ainda sobre o tipo de molestamento sexual, o parágrafo único dispõe: “se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos”.

Não me parece, todavia, que o simples molestamento, sem violência ou grave ameaça, contra pessoa adulta e capaz, deva constituir crime,

12 O art. 181 dispõe: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a suportar introdução vaginal ou anal de objetos”.

13 Artigo 164.º

Violação - 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão até três anos.

14 O art. 182 dispõe: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou se aproveitando de situação que dificulte a defesa da vítima”, à prática de ato libidinoso diversos do estupro vaginal, anal e oral”.

se entendermos o direito penal como *ultima ratio* do controle social formal. Quanto ao vulnerável, há um tipo penal específico de molestamento (art. 188).

E o crime de exploração sexual (art. 183¹⁵) constitui, em verdade, um caso de prostituição forçada. Consequentemente, seria melhor manter a estrutura redacional dos demais crimes, referindo o ato de *constranger e o emprego de violência ou grave ameaça*, em vez de falar, simplesmente, de “obrigar alguém...”.

Como está, o tipo é excessivamente vago e impreciso, não referindo os meios de realização da exploração sexual.

Não se compreende tampouco o porquê da pena (desproporcional) de prisão de cinco a nove anos, comparativamente com crimes mais graves.

Não há modificação relevante do crime de assédio sexual, que poderia ser perfeitamente abolido, exceto quando tivesse criança ou adolescente como vítima. Observo, ainda, que o assédio sexual está triplamente previsto no projeto, visto que o art. 148 (intimidação vexatória) tipifica o ato de “assediar sexualmente, valendo-se de pretensa situação de superioridade”. E também o art. 498 (assédio de criança para fim libidinoso) define como crime “aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso”.

Seja como for, o parágrafo único, que prevê aumento de um terço até a metade, quando a vítima for criança, está em lugar equivocado, pois deveria configurar crime autônomo, no capítulo II, que cuida dos crimes sexuais contra vulnerável. E mais: seria preferível o verbo *assediar* a *constranger*, inclusive porque o *nomen juris* é “assédio sexual”.

Finalmente, sobre a esterilização irregular (*forçada*, segundo o projeto), o projeto parece desconhecer que existe a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que cuida do assunto de forma bem mais completa e com melhor técnica legislativa e linguagem jurídica.

Ainda quanto a esse novo tipo, há dois equívocos. O primeiro é que a chamada esterilização forçada não é, a rigor, crime contra a liberdade sexual, não tendo nenhuma semelhança com os crimes objeto do Capítulo I, a exemplo do estupro, molestamento etc. Trata-se, em verdade,

15 O art. 183 dispõe: “obrigar alguém a exercer a prostituição ou impedir ou dificultar que a abandone”.

de um crime contra a pessoa ou contra a integridade física. Consequentemente, outro é o seu lugar no Código proposto.

A segunda objeção é que a redação não é de boa técnica, quer porque a doutrina não refere, em geral, a expressão “consentimento genuíno”, quer porque o termo *genuíno* (autêntico, legítimo etc.) não traduz, com precisão, o que se pretende de fato proibir: a laqueadura realizada em pessoa que não consente ou que consente de forma inválida, por ser incapaz de consentir validamente, ou por se tratar de consentimento obtido mediante fraude, coação etc.

II) CRIMES CONTRA VULNERÁVEL (TÍTULO IV, CAPÍTULO II)

1) Principais modificações

As principais modificações do projeto são as seguintes: 1) reduz para menor de 13 (treze) anos a idade da vítima vulnerável (“pessoa que tenha até doze anos”); 2) dá nova redação ao estupro de vulnerável, restringindo-lhe o significado, que passa a ser “manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos”; 3) cria os tipos de manipulação ou introdução de objetos em vulnerável (art. 187), molestamento sexual de vulnerável (art. 188); 4) substitui o verbo “ter” por “manter”; 5) descriminaliza os seguintes tipos penais: a) indução de menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem (CP, art. 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (CP, art. 218-A).

Ademais, o projeto reproduz ou reformula, ainda, os tipos penais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8069/90, arts. 225 a 244-B).

2) Considerações críticas

Parece-me razoável tanto a redução da idade do vulnerável quanto a distinção entre estupro e molestamento sexual. Já vimos quão ambígua é a expressão “pessoa de até doze anos”.

Anoto, porém, que o projeto, no art. 186, §1° (estupro de vulnerável), inova ao acrescentar a expressão: “...**abusando de pessoa**”, razão pela qual não basta a simples condição de portador de transtorno mental, devendo tratar-se de inimputável em razão dessa particular condição. Quanto ao §3°, já dissemos que a norma é ambígua e pode implicar *bis in idem*.

O art. 187¹⁶, que trata da manipulação ou introdução de objetos em vulnerável, tipifica, em princípio, uma conduta penalmente irrelevante ou legal, pois, salvo o caso de o agente atuar com fins libidinosos, a simples realização de manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em menor de 13 (treze) anos não constitui infração alguma. Assim, por exemplo, a ação de pais, médicos e profissionais de saúde de um modo geral.

Note-se que o tipo nada refere no sentido de que o ato praticado deva ser libidinoso, carecendo de elementos normativos essenciais. Não é tampouco recomendável usar o verbo “realizar” (tornar real, concretizar algo) para definir um crime, em virtude de seu caráter neutro, diversamente de “matar”, “ameaçar”, “sequestrar” etc.

Trata-se, portanto, de um tipo penal manifestamente inconstitucional.

Seja como for, o crime de manipulação ou introdução de objetos em vulnerável, além de amplíssimo, é absolutamente desnecessário, porque, quando se tratar de ato libidinoso, a conduta definida no tipo é subsumível no delito de estupro de vulnerável ou molestamento sexual de vulnerável.

Mas não só. Apesar de terem praticamente o mesmo *nomen juris*, os arts. 187 (manipulação ou introdução de objetos em vulnerável) e 181 (manipulação e introdução sexual de objetos) quase nada têm em comum, tal é a disparidade da redação dos tipos penais.

Também aqui houve omissão quanto à introdução de objetos por via oral. O tipo não menciona tampouco o sujeito que coage outrem a introduzir nele, agente, os tais objetos.

Quanto ao molestamento sexual de vulnerável, seria razoável que se utilizasse o mesmo verbo do estupro de vulnerável, isto é, *manter*, em vez de *constranger*, a evitar interpretações conflitantes no particular. Na verdade, seria mais recomendável usar-se o “ter”, em vez de “manter”, tal como consta da legislação em vigor, uma vez que o “manter” pode sugerir a necessidade de permanência ou reiteração de atos como elemento do tipo.

Não se compreende tampouco o porquê de alguns tipos referirem a aplicabilidade da norma incriminadora aos incapazes em geral e outros se omitirem a esse respeito (*v.g.*, art. 187).

16 O art. 187 dispõe: “realizar manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em pessoa que tenha até doze anos”.

Por fim, não me parece que os delitos contra vulnerável mereçam, forçosamente, pena maior do que os praticados contra não vulnerável. Afinal, o que é mais grave: ter conjunção carnal consentida com uma menor de doze anos ou estuprar, com violência ou grave ameaça, uma menor de treze ou catorze anos?

Considero importante, ainda, que o tipo de estupro de vulnerável (e outros) preveja, se for o caso, causa de aumento de pena para a hipótese de emprego de violência ou grave ameaça contra vulnerável. Lembro que a violência ou grave ameaça, nesses delitos, não é um elemento essencial, mas acidental do tipo.

III) OMISSÕES E OUTROS PROBLEMAS

O projeto contém omissões graves: 1) nada refere sobre as formas qualificadas, a exemplo da lesão grave ou morte; 2) nada diz sobre a ação penal; 3) não menciona as causas de aumento de pena que sempre constaram da legislação, a exemplo do concurso de agentes, crimes praticados por ascendente, tutores etc.

Quanto à ação penal, creio que houve esquecimento puro e simples. Mas, se não foi o caso, o projeto terá tornado obrigatória a ação penal (ação penal pública incondicionada) para todos os crimes, algo bastante questionável do ponto de vista de política criminal.

Outra omissão grave é que o projeto nada diz sobre os mesmos delitos previstos no Código Penal Militar (CPM, arts. 232 a 239), cuja redação original permanece inalterada desde 1969 (Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969).

Além dos crimes previstos no título sobre a dignidade sexual, o projeto prevê, no título dos crimes contra os direitos humanos e, a meu ver, em lugar incorreto, visto que ficariam melhor situados no título dos crimes contra a dignidade sexual de vulnerável os seguintes tipos: 1) fotografia ou filmagem de cena de sexo (art. 493); 2) venda de fotografia ou vídeo com cena de sexo (art. 494); 3) divulgação de cena de sexo (art. 495); 4) aquisição ou posse de arquivo com cena de sexo (art. 496); 5) simulação de cena de sexo (art. 497); 6) assédio de criança para fim libidinoso (art. 498).

E há ainda um outro tipo penal relacionado à prostituição, que é a “transgenerização forçada” (art. 464), que tem a seguinte redação (*caput* do artigo):

Realizar em alguém, contra a sua vontade, qualquer ato tendente a alterar a percepção social de seu gênero designado pelo nascimento, com o fim de submetê-lo, induzi-lo ou atraí-lo à prostituição ou qualquer forma de exploração sexual.

Confesso que não o entendi bem. De todo modo, se se trata de mais um caso de prostituição forçada, melhor seria que constituísse, não um tipo penal autônomo, mas uma forma equiparada do art. 183 (exploração sexual), em parágrafo específico.

Finalmente, dá-se nova redação ao tráfico de pessoas (art. 469).

IV) CONCLUSÕES

Quer sob o ponto de vista político-criminal, quer sob o ponto de vista dogmático, quer sob o ponto de vista de técnica legislativa e linguagem jurídica, o texto é, no que se refere aos crimes contra a dignidade sexual, sofrível, e, pois, deveria ser completamente revisto ou simplesmente abandonado.

Ademais, considerando que os crimes contra a dignidade sexual sofreram uma importante e recente reforma por meio da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tenho que, no essencial, uma nova reforma é absolutamente desnecessária.❖

Organizações Criminosas: O Novo Tipo de Milícia

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, especialização e mestrado em Ciências Criminais pela PUC-RS. Coordenador do Departamento de Direito Penal e Processual Penal e da Pós-graduação de Direito Penal Empresarial da PUC-RS. Conselheiro da OAB/RS e atual Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia. Coordenador da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais no RS.

O processo de coisificação, as categorias da razão, da certeza, da verdade, do tempo, do espaço e da dromologia, são ditos e escritos há muito tempo, contudo jamais se pensou que toda essa ruptura paradigmática entre o nosso pensamento de Direito Penal moderno com esse pensamento de pós-modernidade, se é que se pode chamar assim, esses efeitos de processo de globalização, que não têm efeitos neutros, mas sim positivos e negativos e, sobretudo, com uma proposta muito clara do neoliberalismo, afetou as questões do Direito e afetou o Direito Penal. Isso tudo, nós reconhecemos, mas não é dentro dessa nova ordem social, ou dentro dessa nova lógica social de velocidade, que podemos simplesmente tentar um projeto que reúne toda a legislação penal do nosso país em um prazo exíguo de seis meses. E, mais, atribui-se o prazo de seis meses em razão de uma norma regimental, o Regimento do Senado Federal, ou seja, a norma do regimento interno está acima de todos os ideais republicanos no nosso país.

Então não somos avessos às mudanças, mas sim a atentados contra a estrutura do Direito Penal. Somos avessos a essas respostas que foram surgindo ao longo das duas últimas décadas, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988. E se olharmos a nossa legislação, a partir desses bens jurídicos que ganharam a dignidade constitucional em 1988, o que nós fizemos ou uma parte da doutrina tentou fazer para trabalhar com essas novas demandas, pois vínhamos passando isso desde 1988?

O Prof. Luiz tratava bem disso, dizia que a constituição de garantias trouxe uma série de deveres de incriminação, que foi quando se inchou o Direito Penal. Ele falava de uma “hemorragia legislativa”. Então uma parte da dogmática penal se socorreu desse processo de hipercriminalização no campo da política criminal que sofremos no Brasil das últimas décadas. O inchaço dos crimes de perigo abstrato, um recurso abusivo às normas penais em branco, um recurso abusivo aos crimes omissivos e a hipótese da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Esse era o cenário de parte da dogmática buscando institutos e aumentando, ou seja, dando soluções mais simples para problemas mais complexos de ordem social que estávamos enfrentando.

E, no plano legislativo, antes e após a Constituição de 1988, a crítica à forma com que é feita a legislação brasileira tem sido feita por autores bastante importantes e consagrados. E faço questão de render aqui uma homenagem a um texto do Prof. Juarez, que peço licença para ler e que dispõe o seguinte: *Os governos violentam repentinamente a constituição com incriminações vagas e indeterminadas, definindo a conduta delituosa inclusive através de expressões “atos de terrorismo” e restringindo, além de todo o limite tolerável, o direito de defesa e a liberdade individual. , Cria-se assim o Direito Penal Terrorista. A legislação brasileira, em matéria de terrorismo, é, pode-se dizer, lamentável, com graves incorreções e impropriedades. Não é uma lei feita por juristas. Terá que ser reformada quando voltarmos ao regime de liberdade, de acordo com as exigências de um Direito Penal democrático. A primeira delas decorre da ideia segundo a qual o sistema punitivo do Estado exerce função extremamente limitada na repressão à criminalidade. Os governantes têm que resistir à tentação de criar um inútil direito penal do terror. Não se deve configurar na lei uma específica figura de delito denominada, aqui no caso, terrorismo, mas sim definir as diversas condutas em crimes autônomos com a descrição completa de comportamentos delituosos*”. Nós poderíamos dizer isso hoje, em 2012, mas essa crítica foi feita em 1983 por Heleno Cláudio Fragoso quando da publicação da Lei 71.070 de 1983, a lei de ideologia de segurança nacional.

No ano de 2000, o Prof. Miguel Reale Júnior, seguindo a crítica de processos legislativos, chegou a dizer, quando da reforma da Lei 97.014 de 1998, das penas alternativas, que tínhamos no Brasil um “Direito Penal Fernandino”, que vinha de Fernando Collor a Fernando Henrique.

E essa legislação, com esse projeto, caminha nesse sentido, e o tema que foi incumbido, ao longo dessas duas décadas, foi sempre mal trabalhado no Brasil.

Organizações Criminosas, do estudo que fiz para a fala, a partir da operação mãos limpas na Itália quando um grupo de senadores brasileiros vai à Itália e volta ao Brasil criando figuras até então desconhecidas por nós, e se publica no Brasil, depois do artigo 288 do Código Penal de 1940, a Lei 9034 de 1985, a chamada Lei de Combate ao Crime Organizado. Essa legislação não teve praticamente nenhuma aplicação no Brasil. A Lei de 1985 não definia o que era crime organizado e dizia que era aplicado em diversos casos aqui com institutos processuais às práticas de organizações criminosas, que ela também não conceituava. Basta recordar que ela vedava o direito de apelar em liberdade, que decretava sigilo de autos, decretava a possibilidade de o juiz buscar prova de ofício, o juiz instrutor. E basta dizer também que ela vedava a concessão de liberdade provisória e outras violações atinentes às garantias constitucionais. O Prof. Geraldo Prado chegou a tratar disso naquela época, trabalhando as questões e a crítica da Lei 9014 de 1995.

Depois disso, tivemos, em 2001, uma nova legislação que alterou a Lei 9034 de 1995, que foi a Lei 10.217, que trabalhava com a criminalidade organizada como base e criou três categorias: quadrilha ou bando, organização criminosa e qualquer tipo de associação criminosa que pudesse praticar qualquer crime. Três categorias sem, pasmem, conseguir conceituar nenhuma delas. E esse vácuo no Brasil sobre as organizações criminosas na legislação persiste até 2004, com o Decreto 5015, quando internalizamos a Convenção de Palermo, a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, que, mais uma vez, de forma genérica e ampla, sendo o Brasil signatário, uma parte da jurisprudência começa a aplicar a Convenção de Palermo como um conceito básico de organizações criminosas.

O problema é que a Convenção de Palermo traz uma série de considerandos, mas nenhum deles o Brasil consegue cumprir. Então, quando internalizamos o texto, a jurisprudência desconsiderava os considerandos e aplicava residualmente só a parte de um suposto conceito de organização criminosa. A Prof^a Heloisa Estelita trabalhou muito bem essa questão no que tange aos delitos empresariais, em um livro publicado pela

Editorial de Porto Alegre, livreria do advogado, citado inclusive agora no julgamento do caso da ação penal de 470 em Brasília, parece que não reconhecido pelos Ministros. Mas, de qualquer sorte, na pesquisa que fiz para o tema, localizei um *habeas corpus* no qual já havia votado o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Tóffoli e havia pedido vista a Ministra Carmem Lúcia, em 2009, votando agora em 12 de junho de 2012 no HC 96007. Foi acompanhada e pediu vista, acompanhou o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Tóffoli e foi acompanhada pelo Ministro Fux e pela Ministra Rosa Weber. Trancaram a ação penal, em um delito de lavagem de dinheiro da Lei 961.598, cujo crime antecedente era o crime de organização criminosa. E o STF, na primeira turma, reconheceu a ausência de disciplina legal dos crimes ou do tipo de organização criminosa e trancou a ação penal.

Mas, pasmem, mesmo depois do reconhecimento de uma das turmas do Supremo de que não havia no Brasil, como de fato não há, um conceito determinado de organização criminosa, publicamos agora, recentemente, a Lei 12.694 de 2012, uma nova lei que dá uma faculdade ao juiz de primeiro grau, na formação de um colegiado, composto por juízes de primeiro grau e juízes sem rosto, para que esse colegiado possa, em determinados atos processuais, decidir à porta fechada e com clara violação ao princípio do juiz natural e da identidade física do magistrado com o caso penal.

Então, no Brasil, o cenário que temos é uma nova lei, a Lei 12.694, que foi publicada agora no mês de julho junto com a nova lei de lavagem de dinheiro, que dá poderes para o juiz tratar questões de criminalidade organizadas ou de organizações criminosas que nós, mais uma vez, desde 1995, não conseguimos conceituar. Esse é o cenário. E foi assim que os membros da comissão receberam as organizações criminosas para tratar dentro desse projeto.

E o que dispõe a exposição de motivos fracionada? O que dispõe a primeira exposição de motivos? Pois cada um fez uma parte, então cada um é responsável só por uma parte. Aí quando eles são questionados, eles dizem que votaram em contrário em tudo, que divergiram muito. Então agora quero saber: quem votou o quê?, quem fez o quê? E quem é a maioria? Até porque se todo mundo é voto minoritário, quem é a maioria? O que dispõe a exposição de motivos dos crimes da paz pública? Reconhece tudo isso que digo do esforço legislativo brasileiro e da sua ineficácia e

dispõe: *“ademais, com a tipificação proposta (que já vou ler), diferencia-se com bastante rigor esse novo crime do atual crime de quadrilha ou bando, como previsto no Código Penal em seu artigo 288”*. Diferencia-se com bastante rigor esse novo crime do atual crime de quadrilha ou bando. Sendo assim, o que fizeram? O atual crime de quadrilha ou bando, passa a ser, então, um crime de associação criminosa, que está previsto no artigo 255 e se manteve a mesma pena: mínima de um e máxima de três anos.

E o artigo 256 é o crime de organização criminosa. E qual é a diferença de alto rigor, que é dito aqui, vou ler para vocês: *Associação Criminosa. “Associarem-se em três ou mais pessoas de forma estável ou permanente para o fim específico de cometer crimes”*. Colocaram agora de forma estável ou permanente para o fim de cometer crime. Essa era a antiga quadrilha ou bando, que agora é associação criminosa. E a organização criminosa? Muda o verbo associarem-se para organizarem-se três ou mais pessoas de forma estável ou permanente para o fim específico de cometer crimes. Detalhe: *“cuja a pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas com hierarquia definida visando auferir a vantagem ilícita de qualquer natureza”*. A diferença aqui é a pena.

Dessa forma, comecei a percorrer o código, como disse o Prof. Miguel Reale Júnior: *“Cada passeio pelo código, o galo canta não se sabe onde”*. Ou seja, começa-se a passear pelo código e encontram-se as seguintes situações: Contrabando agora, artigo 289, pena de um a quatro anos; descaminho é artigo 350, pena de um a três anos. Então no contrabando é possível organização criminosa; já no descaminho não. Mas, além de se manter, mais uma vez, uma confusa redação com um aumento de pena desproporcional, pois ao manter a associação criminosa com a pena de um a três anos, a organização criminosa passa a ter três a dez anos com causa de aumento até a metade se for armada.

Além disso, ainda se criou uma figura típica nova, que é a organização miliciana, que, segundo a exposição de motivos, dispõe o seguinte: *“A prática miliciana, inovação fundamental e portanto necessária para o enfrentamento da criminalidade cometidas por grupos de pessoas e também apresentada pela comissão, é a criminalização da prática da milícia, forma específica de associação organização criminosa e que, como tal afronta por igual a paz pública”*. Esse fenômeno criminoso que, por

falta de tipificação, vem sendo entendido como prática extorsiva. Então se vem sendo entendido como tal, não existe a falta da tipificação. Mas, enfim, *“constrangimento ilegal quando não mera ameaça, cometidos por quadrilhas ou bandos armados”*. Observem que aqui na exposição de motivos, dispõe que essa milícia pode ser qualquer coisa, porque dispõe que é uma associação criminosa, uma organização criminosa, uma quadrilha ou bando de grupo armado. E o pior: é ser constatado que são integrados quase sempre por agentes vinculados aos órgãos encarregados da segurança pública, o que foi primeiramente identificado no Estado do Rio de Janeiro, mas que já é percebido em outras unidades da federação, que é a CPI de 2007 do Freixo, que deu aquela repercussão.

O tipo penal proposto possui elementares perfeitamente caracterizadoras dessa nefasta prática delitativa. Tudo a permitir a sua diferenciação das demais associações e organizações criminosas, com o destaque para o domínio ilegítimo sobre o espaço territorial determinado e o constrangimento à liberdade de voto, afronta destacada ao estado democrático de direito.

O texto sugerido dispõe o seguinte:

Parágrafo segundo: *“Se a organização criminosa se destina a exercer mediante violência ou grave ameaça domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, especialmente sobre atos da comunidade ou moradores, mediante à exigência de entrega de bem móvel ou imóvel a qualquer título ou de valor monetário periódico pela prestação de serviço de segurança privada, transporte alternativo, fornecimento de água, energia elétrica, venda de gás, de petróleo ou qualquer outro serviço ou atividade não instituída ou autorizada pelo poder público, ou constrangendo a liberdade de voto.”* Ou seja, várias categorias dentro de um tipo, o que, na minha concepção, é desnecessário diante da construção dos outros, até pelos outros serem, na minha opinião, também mal formulados. Com uma pena de 4 a 12 anos e que vai produzir encarceramento porque além da pena da organização miliciana, existem todas as penas dos crimes correlatos a essa atividade.

Então, nesse particular, o que se pode concluir aqui, na minha humilde opinião, é que o tipo penal é totalmente desnecessário em que pese reconhecer o problema. Mas, de certa forma, é tratar com uma visão

muito reducionista um problema muito complexo. Significa dizer que o Estado reconhece que existem determinadas comunidades onde ele não consegue trabalhar, onde não consegue operar e onde não consegue se fazer presente e onde a ordem é a ordem da milícia. E a partir disso, a consequência natural da comissão é de que, a partir de toda a repercussão que houve nesse caso especificamente, se produza um tipo penal, na minha opinião, exemplo clássico de reação absolutamente simbólica na expressão cunhada por Hachiman (?).

A confusão do tipo de milícia com os demais e a produção de uma proposta de encarceramento, deve ser rechaçada pelos operadores do direito. A falência do processo legislativo, essa busca por um direito penal de emergência ou de resposta social, está muito clara não só na exposição de motivos. E, nesse sentido, acho que também se procura uma ideologia para o projeto, mas me chamou a atenção e não sei se foi dito no seminário, mas o relator dedica o trabalho em nome pessoal, dispondo o seguinte: “Dedico esse trabalho ao menino João Hélio e Ives Ota. De certa forma, é uma questão freudiana: *“Quem nos salva da bondade dos bons?”*. A pessoa pode até tentar fazer o bem, mas, de outro lado, ele desprestigia milhões de outras vítimas e, por outro lado, parece que traz um novo projeto para dar uma satisfação para essas vítimas e para todas as outras pessoas vitimadas. As digitais vão sendo espalhadas pelo projeto.

Mas para não ficar só na crítica ao texto legislativo, que já foi muito dito aqui sobre a falta de técnica, “parece um elefante em uma casa de louças”, a cada esquina do projeto, um tropeço. O Prof. Cláudio já dizia que não duvida do conhecimento jurídico dos membros da comissão, mas eu vou dizer com todas as letras: já eu duvido. Eu duvido bastante, incrédulo, e, mais, não é só a falta de conhecimento jurídico, é a falta de vergonha de lançar um projeto desses em um cenário nacional, em um prazo de seis meses, conseguindo reunir uma crítica de autores brasileiros que sequer foram chamados a opinar no projeto. Mas se eu estivesse em Porto Alegre e me convidassem para participar de um projeto, com um grupo de pessoas que, segundo eles mesmos disseram, é plural, democrático, cada um tem uma ideologia diferente, então, por esse motivo vou achar que o projeto não tem ideologia? Mas se me convidam, digo para ligar para o Prof. Juarez Tavares que está mais habilitado a opinar sobre a relação de causalidade do que eu.

E, nesse sentido, entendo que falta um pouco de humildade para as pessoas. E ouvi, quando participei de audiência pública no Rio Grande do Sul, na Escola da Magistratura, o Ministro Gilson Dipp dizendo que eram operadores do Direito, que eram pessoas que conheciam a realidade. E não duvido, mas aquilo me passou, com todo respeito e amizade que tenho pelo Ministro Gilson Dipp, mas me passou um sentimento de dizer que esse código não pertence a academia, é o código nosso, ou seja, das pessoas que estão no foro lá pedindo. E existem coisas horrosas no código, posso falar porque sou advogado militante, inclusive dentro da OAB, há quinze anos. Tenho uma proposta de criminalização, de prerrogativas de advogado. Quem defende um Direito Penal minimalista, ou seja, vai lá dizer que temos que criminalizar por violação de acesso aos autos? Então tem que se manter uma certa coerência dentro do sistema. E não dá pra ser diferente no que tange ao tipo penal, que me foi pedido para examinar. Entendo que é realmente um fiasco a criação desse tipo específico. Teríamos que criar vários tipos regionalizados. Teríamos uma milícia, que no meu estado, é a mais importante de todas, pois não teríamos milícias desse porte das favelas do Rio de Janeiro, que é a do abigeato na fronteira do Rio Grande do Sul.

Sendo assim, teríamos que voltar para uma proposta de códigos regionais. Mas, além disso, gostaria de finalizar dizendo que existe uma pesquisa bastante importante, pois recebi esse tema há trinta dias. Quando o Prof. Juarez me ligou, havia recebido um livro de presente do Prof. Saulo de Carvalho de uma argentina radicada no México, em 1979, chamada Pilar Calveiro. Ela escreveu um trabalho sobre violências de estado, a briga no México contra o narcotráfico, o terrorismo nos Estados Unidos e, por causalidade de temas, ela trabalhou com o impacto carcerário que houve a partir de uma reforma no México de 1994 a 2001.

Ela analisou os dados de 2001 a 2004 e a associação criminosa lá, que tinha uma pena de um a oito anos, passou; com a reforma, como estamos fazendo aqui, para uma pena de cinco a dez anos e com violação de uma série de garantias, como propostas de progressão de regime, de liberdade, de direito de recorrer etc. E o trabalho dela demonstrou o crescimento do encarceramento, os dados estão disponíveis, o livro foi publicado pela editorial no ciclo *vinte e y uno*. A cada mês, a cada cem delitos denunciados, a margem de novas denúncias dos tipos de associações criminosas passavam para cento e dois, depois para cento e nove,

depois para cento e doze. Ocorreu um impacto carcerário brutal porque não se sabia, pois não havia até então sido investigado, que a cada tipo autônomo somado três pessoas, há associação criminosa ou organização criminosa, mais essa pena do tipo autônomo. E o Prof. Saulo de Carvalho tratou bastante ontem, pois ninguém está preocupado em saber quantos funcionários no sistema prisional vamos ter daqui a vinte anos a partir da nova codificação. Ninguém está preocupado em saber quantas vagas do sistema prisional vou ter que ter a partir de dez anos de aplicação de um novo texto de lei. Ninguém está preocupado com quantos magistrados da execução vou ter que criar. Isso porque ninguém está preocupado em mudar o sistema atual e o modelo de justiça criminal brasileira. Essa é outra discussão e quero encerrar tratando disso, ou seja, agregar tipos penais, aumentar penas sem discutir a essência da nossa justiça criminal enquanto modelo. Por que não aproveitamos para discutir a justiça restaurativa? Nós passamos por um modelo ou por um processo de adjetivação da justiça criminal. E a justiça criminal de colarinho branco, das varas especializadas, das justiças terapêuticas.

No meu Estado tem a justiça instantânea. Quem quer uma justiça instantânea? A justiça instantânea é para infratores crianças e adolescentes que podem ter liberdade assistida e outras sanções em uma audiência única com defensor público e juiz etc. É um projeto pioneiro de decidir questões de liberdade das crianças e adolescentes. E nesses processos de adjetivação da justiça, como a justiça consensual ou a justiça dialogal, dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, e que são audiências feitas de forma coletiva, ou seja, tudo aquilo que projetávamos para modernizar as infrações de menor potencial ofensivo, quem sabe não perdemos a possibilidade de descriminalizar tudo aquilo? No Rio Grande do Sul, as audiências são feitas, para transação penal, daquela forma de quem já aceitou ou quem vai aceitar a transação penal, passa no balcão. Quem já fez a composição civil dos danos no ato do foro, passa no cartório para assinar. Ou seja, o juiz não tem mais a capacidade de escuta.

A falência da justiça estadual do Rio Grande do Sul, do meu estado, do interior do estado, do funcionalismo público, da carência de magistrado, do número de processos, com esse modelo atual, nada foi questionado. Não se investiu em nenhum modelo alternativo de política criminal. E aí nos dizem que diminuiram cinco anos o tráfico, tiraram as contravenções, diminuiram o estelionato, o furto passou a ser de representação e

acabam esquecendo tudo que está sendo criado de endurecimento do sistema para os crimes hediondos, dos tipos penais novos, das incompatibilidades técnicas e se não fosse assim, o esforço inteiro que estamos fazendo, capitaneados pelos nossos professores, acho que esse projeto poderia sim ter êxito. Não estou dizendo que não terá, tenho medo, receio, mas estou dizendo que nós todos reunidos vamos fazer a força, a resistência digna, honrada e altamente comprometida com a ciência do Direito Penal. ❖

Criminalização dos Jogos de Azar: A Contradição Entre Lei e Realidade Social

Prof^ª. Dr^ª. Katie Arguello

Professora de Criminologia e Direito Penal nos cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná

O anteprojeto do Código Penal criminaliza os jogos de azar, antes considerados mera contravenção, segundo a Lei 3.688/41, ou seja, infração penal de menor potencial ofensivo.¹ Esse anteprojeto segue uma lógica pampenalista, punitivista, de eficientismo penal que, segundo Juarez Cirino dos Santos, demonstra ainda acreditar na “pena como forma de combate à criminalidade, quando ninguém mais em criminologia acredita nisso” (2012, p. 3).

Até mesmo de um ponto de vista meramente utilitário, a criminologia já demonstrou que antes de criminalizar deve-se considerar a relação custo/benefício e que jamais se deve criminalizar quando:

“1. Os custos da criminalização são maiores do que os da descriminalização (avaliados os custos individuais e sociais da perda da liberdade, os custos para a Administração da Justiça Penal e os dos possíveis efeitos colaterais, como a corrupção policial).

2. Quando há meios menos caros, com melhores resultados, especialmente, levando em conta que a criminalização transfere à sociedade custos que estão em mãos particulares” (CASTRO, 1980, p.26).

¹ Art. 258: Explorar jogos de azar e a lotérica denominada jogo do bicho, sem autorização legal regulamentar. Pena: Prisão, de 1 a 2 anos.

Em que pese tal advertência, com a crise do sistema econômico-social que emerge dos problemas da globalização neoliberal e da impotência do sistema político em mediar os conflitos advindos dessa nova forma de desenvolvimento, o eficientismo penal, verdadeira moléstia do direito penal moderno, conforme assinala Alessandro Baratta, “não responde *cognitivamente*, mas sim *normativamente*, quer dizer, se nega a aprender e, em vez de buscar outras respostas mais eficazes, trata de tornar mais efetiva a resposta penal, aumentando a intensidade ainda que a custo da justiça” (BARATTA, 1997, p. 65)

Nessa via, os conflitos sociais são *absolutizados* mediante polarização ideológica entre “bem” e “mal”, também se *descontextualizam* e se *despolitizam*, sendo compreendidos tão somente sob a perspectiva criminal e, finalmente, promove-se a *tecnização dos conflitos* como consequência da sua despolitização, de modo a engendrar o seguinte paradoxo: ao aumentar o número de previsões de pena, aumenta-se a impunidade que, mesmo num direito penal normal, corresponde a “uma porcentagem altíssima dos casos penalmente relevantes”. Portanto, por um lado, se os programas de ação do sistema de justiça criminal possuísem recursos que correspondessem às suas previsões legais de criminalização, ocorreria uma “total militarização da sociedade”. Por outro, diante da impossível existência de recursos adequados ao seu imenso programa de criminalização, o eficientismo provoca um elevado grau de “seletividade estrutural do sistema punitivo”. (BARATTA, 1997, p. 66)

Tanto uma quanto a outra situação demonstram a armadilha que representa uma aposta na criminalização como forma de solução dos conflitos, mas é nesse sentido que caminha o anteprojeto do Código Penal, inclusive no que se refere às infrações penais de menor potencial ofensivo, como é o caso dos jogos de azar, que se pretende criminalizar.

Os argumentos favoráveis à criminalização dos jogos de azar podem ser assim resumidos:

1. O problema é a criminalidade que circunda a contravenção; por trás dela existe uma rede de criminalidade organizada, tráfico de drogas, contrabando de máquinas caça-níqueis, tráfico de armas, lavagem de dinheiro, organizações criminosas, homicídios na disputa por território,

corrupção policial e de autoridades públicas nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nos dois primeiros, há relatos de financiamento de campanhas políticas e, no último, de supostas vendas de liminares.

2. A legalização estimularia o vício, que resultaria em tragédias pessoais para os jogadores compulsivos e seus familiares.

3. A polícia se sente desmoralizada porque prende um “apontador” e no outro dia ele está solto.

4. Por se tratar de contravenção, hoje não é possível utilizar outras técnicas de investigação (ex. escuta telefônica). Se for legalizado, ficará ainda mais difícil para os policiais e promotores de justiça realizarem a fiscalização da lavagem de dinheiro nos jogos.

A lei que prevê a criminalização dos jogos de azar constitui verdadeira contradição à realidade social em dois âmbitos: 1) A realidade social do funcionamento do sistema de justiça criminal; 2) A realidade de uma prática social institucionalizada dos jogos de azar, em especial o jogo do bicho. A despeito das valorações morais negativas que são atribuídas ao jogo, ele já se tornou um costume centenário a se confundir com a história e a cultura do nosso país. Criminalizar o jogo é quase como criminalizar o samba.

Costume, no sentido sociológico, é “qualquer atitude, esquema ou projeto de comportamento que seja compartilhado por vários membros de um grupo. Vico já aplicava essa palavra nesse sentido: ‘É frase digna de consideração a de Dion Cássio: que o costume se assemelha ao rei e a lei ao tirano;’” (ABBAGNANO, 1998, p. 218).² No caso do jogo do bicho, cuja prática, apesar do proibicionismo, mantém-se institucionalizada há 120 anos, pode-se dizer que o rei (costume) governa pela tradição, pelo sentimento e a lei (tirano), pela força, contra a tradição. Criminalizar, neste caso, é submeter-se à tirania dos *cruzados morais*, que estão sempre no nível mais elevado da estrutura social e assim legitimam sua posição moral (BECKER, 1991, p. 149).

Conforme ensina Rosa Del Olmo, “a produção dos discursos é uma prática orientada pela estrutura social que inclui elementos de poder e de controle”. Por esta razão, é necessário analisar o papel dos “empresários

² “Na linguagem contemporânea, com o termo costume designam-se os usos (*folkways*), as convenções e comportamentos moralmente prescritos, que se distinguem pelas diferentes intensidades das sanções que o reforçam.” (p. 218)

morais” que organizam o discurso a partir dos sentimentos do público, dos “empresários da repressão”, que aplicam as regras e legitimam a política criminal, assim como os “empresários da comunicação”, detentores de técnicas capazes de ampliar o sentimento do pânico social. Para além dos efeitos simbólicos de seus supostos empreendimentos “contra o mal”, eles possuem interesses instrumentais na ampliação das suas competências (OLMO, 2003, p. 119).

O único setor em que não é feita a exigência de indicar os meios a serem utilizados para financiar as novas medidas legislativas é o penal. Assim, criminaliza-se sem acrescentar recursos e quanto maior for a dificuldade orçamentária, maior será a pressão para criminalizar. A criminalização, nesse sentido, permite o adiamento dos *custos* (HULSMAN, 1973, p. 13).

Criminalizar tornou-se o verdadeiro mote de um Estado que reduz políticas públicas para inclusão social e seleciona os excluídos como inimigos a serem perseguidos e encarcerados. Onde a economia formal se reduz, há uma tendência ao aumento da economia informal, que ocupa o seu lugar, pois o ser humano é um sujeito portador de *necessidades reais*. Alessandro Baratta se refere ao homem em sua existência concreta, em determinadas relações sociais, como portador de *necessidades reais* as quais, a partir de uma perspectiva dinâmica, podem variar conforme o contexto histórico-social: “Podemos assim definir as necessidades reais como as potencialidades de existência e de qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos, que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural em uma formação econômico-social”. A pena é a violência institucional que garante a reprodução da violência estrutural ao mesmo tempo em que reprime as necessidades reais. A violência estrutural é a fonte direta ou indireta de todas as outras violências (individual, de grupo, institucional, internacional), sendo que a violência constitui repressão das *necessidades reais*, portanto, dos direitos humanos (BARATTA, 2004 b, p. 337).

Essa violência estrutural que atinge os portadores de *necessidades reais* em todo o globo fica muito bem caracterizada por Loic Wacquant ao descrever o processo de desdiferenciação e de informalização econômica nos guetos negros dos Estados Unidos:

*“Além da economia da droga e do trabalho informal – cujo desenvolvimento é visível em outros setores da economia norte-americana, inclusive os mais avançados – o coração do gueto assistiu a uma proliferação de pequenos ‘negócios’ subproletários típicos das cidades do Terceiro Mundo: comerciantes de rua, vendedores de jornais, cigarros ou refrigerantes por unidade, carregadores, manobristas, diaristas etc. Não existe área do South Side sem táxis clandestinos, mecânicas ilegais, clubes noturnos e meninos que se oferecem para carregar sacolas na saída do supermercado local ou encher o tanque do carro no posto de gasolina, em troca de alguns trocados. Tudo pode ser comprado ou vendido nas ruas, desde bolsas Louis Vuitton falsificadas (a 25 dólares cada), até carros roubados, armas (trezentos dólares por uma arma ‘limpa’, em geral, ou a metade por uma ‘suja’), roupas com defeito, comida caseira e bijuterias. **A economia dos jogos de azar – bingos, loterias, loto, jogos ilegais de cartas e dados – não conhece recessão.** O desenvolvimento dessa economia irregular paralela está intimamente ligado à desintegração do espaço público e à despacificação da sociedade local. Segundo o antropólogo Philippe Bourgois, as ruas do gueto tornaram-se um cadinho da “cultura do terror”, que cresce funcionalmente com o tráfico de drogas” (WACQUANT, 2008, p. 41-42). (sem grifos no original)*

A criminalização não é capaz de resolver conflitos de tal ordem, ao contrário, ela intensifica os problemas sociais, transforma o marginalizado social em marginalizado criminal. Daí a necessidade de pensar sobre os custos sociais e individuais da criminalização, segundo a preleção do saudoso abolicionista Louk Hulsman. Para ele, no âmbito social, a criminalização distorce qualquer visão mais realista sobre o homem e a sociedade porque mantém ou gera o entendimento de que: a) um problema social encontra solução ao se punir determinado comportamento, impedindo, assim, que se lance mão de alternativas melhores; b) que a criminalidade é um dos maiores problemas sociais e assim ocasiona a diminuição de recursos para a solução de problemas bem mais graves. Em nosso país, podemos citar alguns deles: a precariedade do sistema de saúde para o trabalhador, o sucateamento das escolas e universidades públicas, por

exemplo. Além disso, ainda na esfera social, a criminalização promove o comportamento desviante secundário (uma vez que se tenha passagem pelo sistema de justiça criminal, agrava-se a probabilidade do desenvolvimento de uma carreira criminal) e, finalmente, a criminalização coloca obstáculos à assistência da vítima de certas formas de criminalidade (HULSMAN, 1973, p. 8-10).

No que se refere aos custos no âmbito individual, subestima-se: a) “a duração e a intensidade dos efeitos adversos da estigmatização penal” para o indivíduo e seus familiares, os quais normalmente se encontram em situação social adversa permanente ou muito prolongada; b) o fato de que circunstâncias de adversidade³ que podem estar na origem do ato criminoso são agravadas pela deletéria intervenção penal; c) que o indivíduo, sobretudo no caso de aplicação de penas privativas de liberdade, pode ter reduzida a sua *adaptabilidade* no meio social (HULSMAN, 1973, p. 8-10).

Com base nessa avaliação sobre os custos sociais e individuais da criminalização, consideramos mais realista a opção pela legalização dos jogos de azar, os quais devem se submeter a uma intensa *fiscalização e regulamentação*. Pelas seguintes razões:

1. A prática dos jogos de azar é socialmente aceita e está arraigada nos costumes da sociedade. O jogo do bicho existe há mais de um século (desde 1892), tendo se tornado contravenção em 1941. Ele faz parte da cultura, já se tornou um folclore na nossa sociedade. A lei penal não tem o poder de revogar a lei econômica da oferta e da procura. Se a demanda não for suprida pelo mercado lícito, será suprida pelo mercado ilícito, aliás, como ficou demonstrado no texto de Loïc Wacquant, supracitado, não existe recessão para jogos de azar, sobretudo diante da informalização da economia em tempos de globalização neoliberal.

2. Os demais crimes que circundam a contravenção (especialmente a violência e a corrupção) advêm da própria ilegalidade. Pelo fato de não ser legalizado, há dificuldade de solucionar os conflitos mediante mecanismos judiciais, o que engendra a violência, tal como ocorre no tráfico de drogas, em razão da disputa territorial no mercado ilícito.

³ Segundo Juarez Cirino dos Santos, “As contradições do capitalismo explicam que o mesmo processo que vincula o trabalhador no trabalho, aceitando a brutalização de sua ‘canga pessoal’, dirige o desempregado/marginalizado para o crime, aceitando os riscos da criminalização: *a necessidade de sobrevivência em condições de privação material*” (2006, p. 40).

3. Trata-se de uma grande hipocrisia haver jogos promovidos pelo Estado (loterias estaduais e federais), e criminalizar-se os jogos de azar. O Estado quer ter o monopólio dos jogos de azar? Se o próprio Estado realiza jogos de azar, por que não legalizá-los definitivamente? Neste caso, a preocupação com o jogador compulsivo não pode ser utilizada como escusa, já que o próprio Estado realiza jogos de azar.

4. Se o jogador for compulsivo, ele fará as apostas entre um grupo de amigos, na sala da sua casa ou em qualquer outro lugar, na clandestinidade. Se ele realizar um bingo com a participação da vizinhança, ainda correrá o risco de responder pelo crime de lavagem de dinheiro, cuja pena mínima é de 3 (três) anos, conforme a Lei 12.683/12, que altera a Lei 9.613/98. Existem os alcoólatras e o consumo da bebida alcoólica não é proibida. Existem os que bebem, comem, se drogam, fazem sexo compulsivamente, então o Estado deveria também controlar os *menus* dos restaurantes e tudo o mais que diga respeito à privacidade, à esfera íntima do indivíduo?

5. As prisões, conforme ficou demonstrado no relatório da CPI do sistema carcerário (“O grito das prisões”), já estão explodindo.⁴ A criminalização dos jogos de azar só vai aumentar o número de encarceramentos; são muitos os miseráveis que sobrevivem como apontadores do jogo do bicho em quase todos os Estados deste país. Para se ter uma ideia, em 2008, a Justiça Federal proibiu o jogo do bicho em Pernambuco. Houve uma passeata com mais de 20 mil pessoas, e, à época, chegou-se à conclusão de que o jogo fomentava o trabalho direto e indireto de aproximadamente 50 mil pessoas. O que fazer com esse contingente de seres humanos que sobrevive no mercado informal? Em entrevistas, alguns apontadores do jogo do bicho disseram que fora dessa atividade não têm como sobreviver, pois ninguém daria trabalho para alguém que não possui qualificação. Mulheres diziam sustentar toda a família (pagar aluguel, água, luz, escola dos filhos e até o INSS, na atividade de “apontadora”). Qual o destino a ser dado a essas pessoas: a prisão ou a morte à míngua? Ou seria mais conveniente para a sociedade que, em vez de serem

4 Segundo o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), na América Latina o problema da violência e da superpopulação nas prisões é endêmico. Em média, as prisões excedem 30% a sua capacidade de abrigar presos e, em muitos casos, excedem até 100%, razão pela qual colecionamos inúmeras tragédias no sistema penitenciário. (RIVAS, 2012)

apontadores do jogo do bicho, esses indivíduos praticassem delitos mais graves, tais como, sequestros, assaltos, latrocínios etc.?

6. A criminalização tornaria o negócio ainda mais lucrativo para o *mercado de ilicitudes*, para os que estão no topo da organização. Neste caso, sim, poderia se tornar um negócio para as máfias, tal como ocorreu com a Lei Seca nos EUA, ou como ocorre com a “guerra às drogas” no Brasil que, apesar de todo proibicionismo e militarização da segurança pública, não atingiu o objetivo de redução do consumo de drogas: somos o segundo maior consumidor de cocaína no planeta. Para quem duvida destes argumentos, basta lembrar o diálogo entre o Carlinhos Cachoeira e o ex-Senador Demóstenes Torres, em que o bicheiro afirma claramente que deseja a criminalização:

“Cachoeira: Oi, doutor.

Demóstenes: Fala, professor. Eu peguei o texto, ontem, da lei pra analisar, é aquela que transforma contravenção em crime. Que importância tem a aprovação disso?

Cachoeira: É bom demais, mas aí também regulamenta as estaduais, uai.

Demóstenes: Regulamenta não. Vou mandar o texto pra você. O que tá aprovado lá é o seguinte: transforma em crime qualquer jogo que não tenha autorização. Então, inclusive, te pega, né?

Cachoeira: Não, mas essa aí é boa também. É bom fazer isso. Não pega ninguém, não. Pode mandar brasa aí” (YOUTUBE/JORNAL NACIONAL, 2012).

Os que estão na cúspide da pirâmide do *mercado de ilicitudes* são diretamente beneficiados pelo endurecimento da lei penal, e não lhes interessa a legalização. Conforme ensina Vincenzo Ruggiero, os possuidores de maiores recursos têm mais chances de “atribuir definições criminais aos outros e repelir aquelas que os outros lhes atribuem” (2008, p. 191). Essas diversas operações montadas para prender os bicheiros vão conse-

guir apenas pegar alguns “bodes expiatórios”, que o próprio mercado de ilicitudes se encarregará de substituir com o tempo. São recursos públicos direcionados à repressão que, além de dispendiosa, é ineficaz.

7. Com a legalização, haveria: a) tributação (hoje, metade do dinheiro das loterias oficiais é repassada para o governo); b) geração de emprego (com pagamento de encargos trabalhistas); c) redução da violência porque as disputas poderão ser resolvidas pelo Judiciário, eliminando as disputas territoriais na base do tiroteio. Enquanto, ao contrário, a criminalização resulta mais violência e mais corrupção.

8. Embora a “operação dedo de Deus” tenha divulgado que os resultados do jogo do bicho são manipulados, a credibilidade deste entre a população, durante mais de um século, advém do fato de que o jogo honra o pagamento do prêmio. Além disso, é notória a existência de escândalos referentes à manipulação dos resultados dos jogos nas loterias estatais.

9. O que as agências policiais reivindicam: uso de outras técnicas de investigação (a exemplo da escuta telefônica) para atingir essa criminalidade que circunda o jogo do bicho vai ao encontro exatamente daquilo que Zaffaroni denomina “poder configurador positivo” do sistema de justiça criminal. Há uma tal expansão do poder das agências de controle penal, que, sob o pretexto de “prevenir, vigiar e investigar” torna-se um poder subterrâneo imenso, “marginal”, que leva à prática de mais delitos (e ainda mais graves) para “perseguir” outros, de menor potencial ofensivo. Um poder que se afigura como Estado de polícia (ZAFFARONI, 2006, p. 52-53).

10. Recursos já escassos das agências oficiais de controle penal seriam desviados da perseguição de crimes mais graves para combater crimes menos graves.

Legalizar é a única solução a ser obtida em consonância com a realidade social, que não pode ser mudada a “golpes de marreta”, enquanto a criminalização é uma solução apenas aparente, pela qual se paga um preço muito elevado: o aumento da violência institucional, da intolerância, do Estado policial e, conseqüentemente, redução dos direitos e garantias individuais do cidadão.

Segundo Foucault, “o que há de mais perigoso na violência é a sua racionalidade. A violência é terrível em si mesma. Mas a violência encontra sua mais profunda ancoragem na forma de racionalidade que utilizamos. [...] Não há incompatibilidade entre a violência e a racionalidade” (FOUCAULT, 2011, p. 78). Essas palavras de Foucault fizeram ressonância com a seguinte manchete de jornal lida nesta madrugada: “Rota mata 9 em São Paulo”, e o governador Alckmin disse: “Quem não reagiu está vivo!”⁵

Nessa esteira, o debate sobre a descriminalização, conforme ensina Lola Aniyar de Castro, deve ser “um debate sobre a hipocrisia dos Códigos Penais, sobre a sua máscara de papel”, esta é a discussão que devemos empreender (CASTRO, 1980, p. 27).

REFERÊNCIAS:

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARATA, Alessandro. "Defesa dos direitos humanos e política criminal". *In: Revista Discursos Sediciosos*, n. 3, Rio de Janeiro: Revan, 1997. (p. 57- 69).

BARATTA, Alessandro. "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social". *In: ELBERT, Carlos Alberto. Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de F, 2004 a, p. 152-167.

BARATTA, Alessandro. **Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004b, p.334-356.

BECKER, Howard. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: Free Press, 1991.

CASTRO, Lola Aniyar de. "Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo". **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1981, n. 30, p. 11- 27.

⁵ IG NOTÍCIAS (“*quem não reagiu está vivo*”, afirma Alckmin sobre ação da Rota em São Paulo”), disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-09-12/quem-nao-reagiu-esta-vivo-afirma-alckmin-sobre-acao-da-rota-em-sao-paulo.html>>, acesso em 12/09/2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 2ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. "Somos o país que mais pune no mundo". **Jornal Folha de Londrina**, 15/07/12, p.3.

FOUCAULT, Michel. **Omnes et singulatim**. Trad. de Selvino José Assmann. São Pedro de Alcântara: Nephelibata, 2011.

GOMES, Tão. "Quando o jogo do bicho era 'legal'. Ou quase". In: **Revista Carta Capital**, São Paulo, publicado em 02/01/12. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/quando-o-jogo-do-bicho-era-legal-ou-quase/>>, acesso em 03/09/2012.

GOULART, Frederico. "Jogo do bicho: criminalizar ou liberar de vez". **Jornal Gazeta do Povo**, publicado em 27/07/12. Disponível em <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/07/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/1324510-jogo-do-bicho-criminalizar-ou-liberar-de-vez.html>, acesso em 03/09/12.

HULSMAN, Louk H. "Descriminalização". In: **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1973, n. 9/10, p. 7-26. IG NOTÍCIAS ("quem não reagiu está vivo", afirma Alckmin sobre ação da Rota em São Paulo"), disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-09-12/quem-nao-reagiu-esta-vivo-afirma-alckmin-sobre-acao-da-rota-em-sao-paulo.html>>, acesso em 12/09/2012.

OLMO, Rosa del. "Las drogas y sus discursos". In: PIERANGELI, José Henrique (org.). **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIVAS, Oswaldo. "ONU denuncia superpopulação nas prisões latino-americanas". **Jornal Estadão**, publicado em 22/02/2012, disponível em <www.estadao.com.br/noticias/internacional,onu-denuncia-superpopulacao-nas-prisoas-latino-americanas,837168,0.htm>, acessado em 22/02/2012.

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e mercados: ensaios de antiriminologia**. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALES, Felipe. "Impunidade na cabeça". In: **Revista de História**, publicado em 05/01/12 Disponível em <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/reportagem/impunidade-na-cabeça>>, acesso em 03/09/12.

WACQUANT, Loïc. "As duas faces do gueto". Trad. Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

YOUTUBE. Vídeo do Jornal Nacional. ("Ouça gravações de diálogos entre Demóstenes e Cachoeira"). Publicado em 30/03/2012. Disponível em <www.youtube.com/watch?v=az4hsl3mLFI> acesso em 03/09/12.

YOUTUBE. (" Passeata jogo do bicho"). Publicado em 03/03/08. Disponível em <www.youtube.com/watch?v=vl01j64FFk0>, acesso em 03/09/12.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal** (vol. I), 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2006.

A Relação Entre o Direito Penal e o Processo Penal no Projeto do Novo Código Penal: Considerações Gerais

Prof. Dr. Geraldo Prado

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.

Graduado pela UERJ. Mestrado e Doutorado na Universidade Gama Filho - UGF. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da UFRJ e da EMERJ

INTRODUÇÃO

Boa-tarde! Agradeço à Escola da Magistratura, ao prof. Juarez Tavares, ao prof. Des. Paulo Baldez e ao juiz de Direito e professor Rubens Casara o gentil convite.

Tenho a honra e o prazer de dividir a mesa com a prof^a Kátie Arguello e de estar sendo presidido pela prof^a Victória Sulocki, importante investigadora do Grupo de Pesquisas sobre as Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro, instituído no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)¹.

Para sublinhar a importância das pesquisas que são desenvolvidas pelo Grupo Matrizes, destaco que há um subgrupo, inspirado nas traduções bastante oportunas, coordenadas pelo Prof. Eugênio Raúl Zaffaroni, de obras penais significativas do Direito Penal da Alemanha no período dos anos 30 a 40 do século XX e que estuda o Direito Penal do nazismo (Coleção “El penalismo olvidado”). Há também outro subgrupo que trabalha na tradução do livro **The rule of law under siege**², de Franz L. Neumann e Otto Kirchheimer, igualmente sobre o Direito Penal do nazismo. Estes são apenas alguns exemplos das atividades desenvolvidas e

¹ <http://gpgrupodeestudos.blogspot.com.br/>.

² **The rule of law under siege**. Los Angeles: University of California Press, 1996.

que me autorizam a apontar, como conclusão parcial das investigações, a percepção do tipo de racionalidade que tem estado na base da violência de Estado e sustenta tantas formas de agressão à dignidade das pessoas.

Faço o registro como dado preliminar das considerações acerca da relação estabelecida no projeto de novo Código Penal entre o Direito Penal e o Processo Penal.

DA INTERFACE DIREITO PENAL/PROCESSO PENAL NOS CÓDIGOS PENAIS

Em um encontro de penalistas e criminólogos, eu, como alguém interessado em estudar preferencialmente o Direito Processual Penal, poderia me sentir profundamente desconfortável, alheio talvez à temática principal, e neste caso, registro com certa ironia, estaria em igualdade de condições com as regras projetadas de processo penal que constam do Projeto de Reforma do Código Penal.

Com uma diferença, porém: pelo menos eu sei o que estou fazendo aqui, o que já é algo significativo!

Corro o risco de cansá-los com uma pequena metáfora, mas penso que é necessário, pois toca em um aspecto desconsiderado pela dogmática, mas que é relevante no momento em que se cogita substituir por inteiro um Código Penal: trata-se da (não) aplicação da teoria da legislação e, conseqüentemente, da(s) técnica(s) legislativa(s).

Vamos imaginar que a dois importantes arquitetos, Lúcio Costa e Oscar Niemeyer, seja dirigida a demanda de projetar, pensar, idealizar um determinado bairro.

Sabe-se que se trata de profissionais bastante competentes. Apesar disso, ambos somente poderão cumprir a tarefa que lhes foi designada se alguns pontos previamente forem esclarecidos: Qual a extensão do bairro projetado? Quem viverá nesse lugar? Essas pessoas morarão no bairro ou somente circularão por ele, que será um bairro comercial? Qual a forma de circulação? São trezentas mil pessoas e a extensão é de seis quilômetros quadrados? São quinhentas pessoas e a extensão é de doze, vinte, trinta quilômetros quadrados? Essas pessoas se moverão de que maneira?

Essas questões que os arquitetos colocarão aos demandantes são de índole política e a resposta é indispensável para que possam elaborar o projeto.

Isso também se dá no campo da legislação. É indiscutível que a tarefa atribuída ao Congresso Nacional tem cunho político, mas também tem natureza técnica.

Por isso, quando se trata de um novo Código Penal, e a palavra código deve ser interpretada neste contexto como dispositivo de acesso a uma determinada realidade (pensem, por exemplo, no código do cartão bancário), há de se buscar construir um consenso alargado sobre em que consiste esta realidade.

O profissional responsável pela elaboração do projeto de bairro diz: *“eu só posso elaborar um código, um projeto ou uma planta, se eu souber exatamente o que se quer”*. E saber o que se quer implica tomar decisões políticas, fazer escolhas!

Ainda no campo das metáforas, convém destacar que Lenio Streck cita também, com certa frequência, o personagem Sr. Jourdain, da peça “O burguês fidalgo”, de Molière, que havia ascendido socialmente e estava interessado em compartilhar as benesses da aristocracia, mesmo não sendo aristocrata.

Jourdain, então, começa a estudar boas maneiras para tentar conviver ali no meio aristocrático. Assim, estuda literatura e filosofia e quase aos sessenta anos descobre, para seu espanto, em uma aula de francês, que passara a vida falando em prosa e não sabia!

Os projetistas do Anteprojeto do Código Penal parece que estão como Jourdain; depois de anunciarem desapego às teorias penais durante a elaboração do texto, descobriram que fizeram teoria mesmo sem saber.

Mas teoria de que tipo?

DA ATIVIDADE ANTECEDENTE AO PROCESSO LEGISLATIVO

É impossível elaborar qualquer projeto estrutural sobre o que quer que seja sem domínio técnico sobre o tema e demitindo-se de opções políticas.

Em matéria de poder de punir controlado pelo Direito – pois que o Direito Penal da modernidade se caracteriza pelo estabelecimento de vínculo funcional entre o poder e as pessoas, controlando o poder de castigar para evitar excessos e desvios, o saber dogmático abrange determinado patrimônio teórico que não pode ser desprezado e que tem sua história marcada pela convergência das esferas política e jurídica.

A técnica de elaboração de tipos penais – tipos de injusto; tipos de exclusão de responsabilidade etc. – se nutre deste saber e exige de quem está encarregado de elaborar modelos de preceitos dispositivos uma aptidão bastante peculiar, um domínio (consciente) desta técnica.

Claro está que esse domínio pode ser maior ou menor. Mas a tarefa de projetar tipos penais desafia alguma dose de conhecimento, ao menos das dificuldades e desafios operacionais na constituição das proposições normativas.

Quando é esgrimido o discurso da fuga das escolhas políticas, tal opção denuncia certa insegurança no domínio da técnica, incerteza sobre a capacidade para dar conta da atividade que foi requisitada. Sinaliza-se com a impossível e indesejada neutralidade, como se fosse possível tomar decisões sobre a matéria da proibição fora do âmbito político.

Não se trata apenas de estratégia orientada a escamotear o elemento político nuclear, destacado pela Prof^a Kátie Arguello no anteprojeto de CP, elemento marcado pela adoção de uma postura punitiva.

Não é somente isso, o que já seria grave, porém legítimo, do meu ponto de vista, desde que expressasse de maneira explícita a escolha da Comissão encarregada de conceber o texto.

O Presidente do Senado reúne pessoas com as quais, em sua maioria, tem afinidade ideológica, pessoas que majoritariamente entendem, de maneira estranha, sublinho, que a solução dos nossos problemas passa pela incorporação de mais e mais atitudes punitivistas, e assim essas pessoas se encarregam de produzir um projeto que não pode ser outra coisa, senão um projeto punitivista.

A decisão relativa à composição da Comissão de elaboração do anteprojeto, ao perfil ideológico predominante de seus membros, se situa na esfera anterior à da concretização da tarefa de consecução do anteprojeto, por óbvio, mas desde logo indicia os rumos inevitáveis que este tomará.

Tomou-se uma decisão pelo viés punitivista, ainda que não manifesta.

Assim, o que vamos discutir é um projeto com o protagonismo da ideia de incremento da punição. E as escolhas que em cada ponto deste projeto aparecem devem ser debatidas em uma arena democrática,

devem ser ponderadas, confrontando-se a decisão pelo incremento da punição com as alternativas que circulam no “mercado” da dogmática jurídica em matéria penal que apontam para a direção contrária.

A ESTRUTURA DEFICIENTE DO TEXTO COMO ELEMENTO DE INSTABILIDADE

Sem dúvida, mesmo a decisão política pela exasperação da punição está submetida aos princípios constitucionais penais que estabelecem critérios para concretização do poder de punir.

Quando examino o texto do anteprojeto, o que me surpreende, todavia, é que, para além de alguma consciência da postura punitivista, existe deficiência técnica que o compromete em pontos cruciais e atinge alguns destes princípios, que formam a tradição do Direito Penal na democracia.

E aí volto ao segundo elemento da metáfora, que é o “código”.

Ainda aqui os que não são motoristas conhecem as regras de trânsito. Imaginem que enquanto estamos neste auditório, lá fora, agora, todos os sinais luminosos estão sendo trocados por outros sinais, com diferentes formatos e cores, um azul e triangular, outro roxo e o outro abóbora.

Encerrado o Seminário, nós saímos de carro e nos deparamos com um sinal poligonal aceso na cor azul?!

O motorista se interroga: “Agora é para seguir ou é para parar?” O código não é mais código, desnorteia em vez de orientar.

O domínio da dogmática é fundamental para a clarificação das ações permitidas, proibidas ou mandadas, e o Código deve ser o instrumento disso. O que estou dizendo é um tanto óbvio, como salientou Francisco de Assis Toledo, em **Princípios Básicos de Direito Penal**³.

Porém, o óbvio não foi considerado na tarefa de elaboração do Projeto.

Sem saber interpretar o comando, sem poder atribuir significado ao “código”, em tema tão delicado como o da liberdade, como o agente poderá orientar a sua ação? A incerteza sobre o agir é terreno fértil para

3 **Princípios Básicos de Direito Penal**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

a expansão do decisionismo e o enfraquecimento da função de garantia do tipo penal.

O PROCESSO PENAL NO DIREITO PENAL

E isso também se verifica nas hipóteses de natureza processual penal que estão disseminadas no projeto de CP.

A interface Processo Penal e Direito Penal no Código Penal projetado é notada e requisita reflexão rigorosa.

Não há problema incontornável, tampouco constitui pecado mortal, a existência de normas processuais penais em um Código Penal.

Primeiro, essa pretensão de purismo não tem sentido quando lidamos com saberes que têm como elemento nuclear a restrição da liberdade. É inevitável que em qualquer lei, mesmo em um Código Penal, haja pontos de contatos, zonas limítrofes nem sempre fáceis de constatar, entre o Direito Penal e o Processo Penal.

Paul Bockelmann alerta que mesmo no Código Penal alemão podem ser encontrados institutos processuais⁴.

Invoco as antigas lições de Basileu Garcia para mencionar que, de acordo com determinado ponto de vista, há estreitas relações entre o Direito Penal e o Processo Penal, porque *“há estreitas relações entre o Direito Penal e o Processo Penal, muito mais estreitas do que as que existem entre o Direito Civil e o Processo Civil”*⁵

Bento de Faria afirmava que era natural a vinculação da ação penal à conduta criminosa, a qual não era chamada assim por ele, mas tratada como consequência lógica, inexorável, daquela ação ou omissão violadora da norma penal⁶.

Tomo esses autores para enfatizar que a identificação de necessários elementos processuais penais em um Código Penal, no passado naturalizada pela doutrina, correspondia à visão adjetiva e secundária do processo que, ao ter a sua autonomia ignorada, prestava-se a ser mero instrumento da punição a serviço de fins securitários de política criminal.

⁴ **Direito Penal, parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 4.

⁵ **Instituições de Direito Penal**, v. 1, tomo II, 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 637.

⁶ **Código de Processo Penal**, volume 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 116.

No passado havia, portanto, uma lógica – hoje inaceitável – por trás da opção metodológica e de política criminal e tanto os fundamentos desta lógica [racionalidade] como da eleição em favor da política de segurança se davam a conhecer.

Evidente que, para tanto, contribuiu a sedução da produção de leis em geral, consistente em uma *atração quase fatal* por realizar política criminal por intermédio da lei que se tem a oportunidade de influenciar em seu processo de criação. Muitas vezes a política criminal que se tem em vista depende desta promiscuidade de normas penais e processuais penais.

O exemplo mais evidente no projeto é a barganha (art. 105). É o mais evidente, é muito sério, mas do ponto de vista do processo penal, na minha opinião, o mais preocupante é o “*não olhar*” a importância da presunção da inocência na elaboração dos tipos penais⁷.

Nada disso é novidade quando se estuda teoria da legislação, técnica da legislação aplicada ao sistema de justiça criminal às práticas penais e as teorias do tipo. Cito aqui uma obra traduzida que teria sido extremamente útil aos integrantes da comissão: **A Racionalidade das Leis Penais**, de José Luis Díez Ripollés⁸. Poderia ajudar, pois é mais um norte.

O livro de Túlio Padovani, **Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte speciale del diritto penale**⁹, em que se trabalha a estruturação do tipo penal, investiga também a existência de meios, por este caminho, para se *contornar* a presunção de inocência, elaborando-se o preceito dispositivo que conterà o tipo penal de tal maneira que, em âmbito processual, será absolutamente impossível provar a não incidência de comportamento concreto diverso da conduta típica, os chamados *crimes de suspeita*.

O crime de suspeita é uma elaboração teórica de altíssimo nível no sentido da exacerbação da atitude punitivista que o processo penal, com alguma negligência ignora. Deixam-se passar por entre os dedos do processo penal estruturas típicas penais que criminalizam pela *mera afirmação* da existência de comportamentos neutros e tornam inviável a exclu-

7 Sobre a barganha remeto ao meu livro **Transação Penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

8 **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: RT, 2005.

9 **Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte speciale del diritto penale**. Bologna: Il Mulino, 2006.

são da criminalidade, porque não há possibilidade de produção de prova. O exemplo mais óbvio aqui é o enriquecimento ilícito (art. 277).

É possível examinar o protótipo de crime de enriquecimento ilícito por vários ângulos, mas se quisermos beneficiar este estudo da contribuição do processo penal, não podemos deixar de considerar os efeitos penais da presunção de inocência.

E, nesse sentido, há alguma culpa da doutrina processual penal, porque quando os processualistas penais lidam com a presunção de inocência, se preocupam muito pouco com os reflexos penais da presunção de inocência.

Dessa forma, volto a dizer, a tarefa de elaboração de um projeto de Código Penal interpela o saber jurídico e exige que se trabalhe neste campo no mais alto nível possível, convocando para a tarefa, metaforicamente, a aptidão de um *Oscar Niemeyer* ou um *Lúcio Costa*.

É claro que o elemento político vai ter peso, mas vão dizer que estamos encomendando “a planta normativa” dessa maneira, e Lúcio Costa responderá que dessa maneira não pode entregar, porque recebe a sua encomenda, mas que a ciência penal tem comandos estranhos, um chamado Constituição, o outro chamado Tratados Internacionais de Direitos Humanos nos quais a regra é a primazia dos direitos fundamentais, a tutela da dignidade e a proteção contra os abusos e desvios de poder.

Imaginem o médico violando um dever de confidencialidade porque, sob a ótica do Senado, entende-se que ele deve contar a história do paciente para contribuir para a Defesa Social?!

Por último, saltam aos olhos os *atalhos processuais* do projeto de CP, revelados pela gramática da proposta.

Quando a lei penal define o autor hipotético das condutas delituosas, o chama de *agente*. O projeto, todavia, contempla outras designações: *acusado*, *imputado*; há uma série de sujeitos ativos nos preceitos descritivos dos tipos penais que não são agentes.

Trata-se de um erro metodológico? Em minha opinião há mais do que isso, ou algo diverso do equívoco de considerar a diferença entre abstração (*agente*) e concreção (*acusado*). Cuida-se da referida sedução de a lei penal avançar no campo da política criminal.

Opera-se pela linha de manipulação do dispositivo penal, pelo qual o sujeito não escapa.

E isso é declarado às escâncaras na exposição de motivos.

Em várias passagens, isso é percebido. Veja-se, por exemplo, a proposta de redação do artigo 202, e com isso estou dando exemplo do peso político da gramática na estruturação e de como isso reflete uma infiltração ilegítima do processo penal em um Código Penal:

“Conduzir veículo automotor em via pública sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano em potencial a segurança..... Pena: de 1 a 3 anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

Parágrafo primeiro: A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitido”, graças a Deus, até porque seria extremo admitir a prova por meios ilícitos!

Parece extraordinário, mas a atitude de pesquisador nos interpela: afinal, não é estranho que o CP fale em prova?

O que a prova está fazendo aqui? O que está fazendo no artigo 106, que também, interessantemente, cuida de uma outra atitude punitivista, que é o peso probatório da atuação do delator.

A delação do coautor ou partícipe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos O que isto está fazendo aqui? Isto está fortalecendo uma atitude punitiva.

Assim, para encerrar, voltando à história do sinal, vamos supor que ele esteja azul, abóbora e roxo e que eu estou dirigindo e que olhei para os lados e não achei ninguém para me ajudar enquanto o sinal está azul. Então, quando passo pelo sinal, ouço o apito.

Infração! Aí eu digo: *“não é possível! O sinal não estava vermelho, sequer amarelo”*. Então o guarda adverte: Se passar com o azul, é infração. O que acontece neste contexto, senão o fortalecimento do poder dos juízes na instrumentalização do controle social pela via do Direito Penal?

Isso é intencional? Acredito que não tenha sido racionalmente elaborado para chegar a este ponto.

Talvez tenhamos contribuído para este estado de coisas.

Atualmente, todos são críticos do Direito, mas conhecedores do Direito não são tantos. Temos problemas graves no ensino superior, provenientes da multiplicação sem critério das universidades privadas, problemas incrementados pelo desrespeito com que são tratados os professores das universidades públicas em geral, a inadequação dos currículos.

E assim abdica-se da reflexão e da respectiva ação política que interpelem os caminhos de construção desses *sinais azuis*, com perigoso esquecimento das razões da tutela da dignidade da pessoa humana, ou seja, vamos perdendo a noção do papel de garantia desses sinais.

E, no final, como disse o Prof. Rene Ariel Dotti, em seu antigo livro sobre a reforma penal de 1984, termina que, “quando tudo é proibido, tudo é permitido”, ao menos para alguns.

E a nossa sociedade segue correndo o risco de continuar com as suas diferenças abissais, o que é, no mínimo, uma violência contra a República.

Então, por tudo isso, professor, esse projeto tem que ser arquivado. É isso. Muito obrigado!

Geraldo Prado ❖

A Relação Entre a Doutrina e a Jurisprudência Sob a Óptica do Garantismo

Ministro Og Fernandes

Superior Tribunal de Justiça - STJ

PROF. DR. JUAREZ TAVARES - PRESIDENTE DA MESA:

Estamos, então, no encerramento deste Seminário Crítico da Reforma Penal, em que se discutiu não exaustivamente, mas acho que suficientemente sobre o projeto do Código Penal, suas incongruências, imperfeições, cominando com esse manifesto, essa carta que foi aplaudida por todos, e agora temos a satisfação e honra de contar com a conferência do Ministro Og Fernandes do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Og Fernandes, além de Membro do Superior Tribunal de Justiça, é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, bacharel em Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco, foi Juiz de Direito em Pernambuco, Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, professor de História no Colégio Militar do Recife, Assessor Jurídico do Sistema Penitenciário do Estado de Pernambuco, professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Quero dizer a todos que o Ministro Og Fernandes, além de toda a capacidade exprimida pelo currículo, tem outra característica que reputo fundamental para um Magistrado: é uma pessoa muito ponderada, estritamente minuciosa nos exames dos processos e está sempre preocupado em respaldar os Direitos Fundamentais da pessoa humana. Pude observar isso durante cinco anos de convívio no STJ e, por essas constatações, posso dizer que se trata de um notável Magistrado.

É uma honra enorme contar com sua presença neste Fórum de Crítica ao Projeto de Reforma ao Código Penal.

Com a palavra, o Ministro Og Fernandes.

MINISTRO OG FERNANDES:

Eu cheguei hoje, em torno do meio-dia, e vi o Rio de Janeiro um pouco diferente, com chuvas. A conclusão foi imediata: quando o Cristo

Redentor goteja no Rio, como Cidade Maravilhosa, é porque ele quer que as pessoas se reúnam em um ambiente protegido, se aproximem mais, conversem, discutam temas do interesse da sociedade, o que o Professor Juarez Tavares, aqui, está a permitir.

A cidade do Rio de Janeiro continua maravilhosa; ela é maravilhosa pela sua beleza, pela sua topografia, pela generosidade do seu cenário. É uma cidade muito rica, rica no sentido de recursos humanos, das pessoas. E, sem prejuízo de tantos outros responsáveis por essa riqueza do Rio de Janeiro, eu menciono o Professor Juarez Tavares, o Professor e Des. Geraldo Prado e o Des. Paulo Baldez. Muito obrigado pela oportunidade que me conferiu o Professor Juarez Tavares, que sabe que eu sou um dos seus pequenos discípulos.

O professor Juarez me convidou para vir aqui e disse que, em nome do evento, gostaria que conversasse a respeito do Garantismo e da figura de Luigi Ferrajoli, para mostrar como se apresenta a teoria, a doutrina do Garantismo, em relação aos tribunais. Eu pensei, Professor Juarez: todos sabemos, a figura do Luigi Ferrajoli tem – permita-me Caetano Veloso usar a expressão – uma das mais fiéis traduções no Professor Juarez Tavares. E a idade me ensinou, a experiência me ensinou que, no caso, não seria oportuno que eu viesse falar da figura de Ferrajoli como doutrinador e da sua importância óbvia na história do Direito Penal, do final do século passado para os tempos mais recentes. Há toda uma fiel tradução dele, aqui do meu lado.

Tentei pensar em Ferrajoli no seu contexto histórico e, talvez, num juízo de adivinhação, impróprio para magistrados, imaginar o porquê, o que o teria influenciado a atuar e agir da maneira como ele atuou e atua, e que tem sido útil na formulação de uma doutrina atualizada para o Direito Penal. Lembrei-me, então, de uma frase de Eduardo Galeano – vocês conhecem, um escritor uruguaio, crítico de futebol e que escreve sobre muitos temas, mas ficou muito famoso depois que o presidente Hugo Chávez presenteou o livro dele “As veias abertas da América Latina” ao Barack Obama, num primeiro encontro que eles tiveram. Eduardo Galeano diz que a história é um profeta com os olhos voltados para o passado. E qual é o passado? Qual é a história que envolve a vida do Ferrajoli? Estamos a falar de alguém, nascido em 1940, numa Itália conflagrada, que foi juiz aos 27 anos e permaneceu na magistratura um pouco mais ou um pouco menos de 20 anos.

Os dados históricos me parecem extremamente relevantes para entender os posicionamentos que o levaram a esse papel denominado Garantismo. Nós estamos a discorrer sobre alguém que nasceu num país que somente conseguiu a sua unificação em 1870 – a última cidade a ser anexada foi Roma, naquele ano. Tratava-se de um país europeu que não tinha sequer 100 anos de união.

Ele experimentou o “clima” de uma Itália que se envolvia, pela segunda vez, num conflito mundial, num período de 30 anos, e que, na segunda oportunidade, fazia um papel de coadjuvante de um Estado totalitário representado basicamente pelo Nazismo; que vinha de uma Primeira Guerra Mundial, em que fora vencedor – e a Itália foi o primeiro país do mundo a usar a força aérea no conflito – mas não era a mesma força, nos idos de 1940; que conviveu durante toda a sua infância com a queda do frágil e nascente Estado italiano, logo envolvido pela ideologia fascista; de um país, já em 1943, extremamente dividido entre o norte, ligado ao Nazismo, e o sul, solidário às forças que lutaram contra o totalitarismo (não é à toa que Mussolini veio a ser preso em 1943, e solto pelos nazistas de Hitler).

Na juventude, Ferrajoli conviveu com um panorama de desrespeito à dignidade humana e de miséria decorrente da derrota italiana, na II Grande Guerra; com a fome no seu país, com a profunda crise econômica que abraçou a Itália pós-Segunda Guerra Mundial, com a preocupação de dizer um basta a um Estado totalitário onde a prática do poder se exerce de forma superior à norma fundante. Diante dessa realidade, por outro lado, assistiu aos problemas decorrentes da quebra da Bolsa de Nova Iorque de 1929, um mundo que se percebia mais democrático, mas que não resolveu os problemas referentes à igualdade, nem a questão do exercício do poder, ao qual ele chama, com um certo grau de ironia, de “poderes selvagens”.

Nesse caldo de informações, situações e experiências extremamente ambivalentes, surge jurista que disse: “Estado, confie menos; Executivo, confie menos; Legislativo, confie menos; Judiciário, confie menos”.

Na realidade, a doutrina do Garantismo, em suas linhas gerais, não é uma hipótese doutrinária que tenha nascido com o próprio Ferrajoli. Há que se ver que nós estamos a tratar de alguém que, embora identificado com o Processo Penal, é, em essência, um filósofo do Direito.

O Garantismo, como dado na História do Direito – surgiu das experiências liberais do final do século XVIII e no século XIX, de mais fraternidade, mais igualdade, mais liberdade (ou fraternidade se não a tiver, igualdade se não a tiver, como não se tinha). “Liberdade” – aproveitando os mineiros – “ainda que tardia”, como experiência humana, como sociedade humana, notadamente no Ocidente, que é o mundo em que conhecemos todos e sofremos com as suas vicissitudes.

Então, o antídoto para o Império era a Revolução Francesa e, um pouquinho antes, a Carta Americana, a resposta da igualdade e da liberdade. Mas é preciso ver – e, nisso, ele tem razão – que nem a Carta Americana nem a Constituição Francesa constituíram-se em elementos que trouxeram essa igualdade, essa liberdade e essa fraternidade a um patamar exigido pela sociedade humana.

Basta lembrar, por exemplo, que a Constituição Americana, melhor dizendo, suas Emendas n.ºs XIII, XIV e XV trouxeram, em primeiro lugar, a possibilidade de o país permitir que cada Estado, com um tipo próprio de Constituição, pudesse decidir sobre a existência ou não da escravidão que, num primeiro momento da Independência Americana, foi tratada como algo exigível e exigido, notadamente pelos estados do sul, que eram escravocratas; num outro instante, a Constituição americana diz que os Estados podem se definir pela adoção da escravidão, pois seria uma questão que não dizia respeito à unidade do País, mas a cada Estado.

As outras emendas trataram da impossibilidade do voto do negro e da manutenção, de uma maneira geral, da discriminação racial. Sabem todos, a discriminação racial é um fenômeno perverso, usando a linguagem Ferrajoliana, um dos “poderes selvagens”. A República Francesa, em um certo momento, constituiu uma página de muito terror decorrente da disputa pelo poder entre jacobinos e girondinos.

Não se pode falar de um Estado igualitário no exemplo alemão que se constituiu pós-Primeira Guerra Mundial, com toda a crise econômica que sofreu a Alemanha, e com aquele discurso que surgiu a partir da implantação do nazismo, num primeiro momento, constituído democraticamente, depois, imposto por um golpe. Mas esse Estado possuía um arcabouço jurídico. Então, essa é a crítica que ele faz a Kelsen, no sentido de que, embora tivéssemos a norma, tal como imposta, não resolvia o problema da sociedade, da igualdade.

A partir daí, Ferrajoli começa a constituir uma doutrina que teve como base, fundamentalmente, a Constituição Italiana de 1947 e ideias também vindas da Constituição Alemã de 1949, vale dizer, pós-queda do totalitarismo, naqueles países e no mundo de uma maneira geral. Sua doutrina mais conhecida – hoje, ele diz que não é o trabalho principal dele – constante do livro “Direito e Razão”, advém da reforma do processo penal decorrente da mudança constitucional de 1947, da Itália, e da modificação da legislação de execução penal naquele país.

O livro é de 1969 e o termo “Garantismo Penal”, hoje, é disseminado a partir das faculdades de Direito, das primeiras lições de Direito Penal, de Processo Penal. É o próprio Ferrajoli quem diz que a expressão “Garantismo Penal” surgiu no início da década de 1970, na Itália, a partir do seu trabalho.

Em linhas gerais, temos a considerar como característica mais relevante do perfil do autor, a partir do seu trabalho, que estamos diante de alguém libertário, progressista, polêmico, humano, radicalmente igualitário, democrata, vanguardista, que se define como *juspositivista*, e um pouco utópico. O mundo do direito passou a ter atenção ao que ele diz, notadamente os penalistas. Uma frase de Bobbio a respeito dele, parece-me, define essa característica – Norberto Bobbio, que é outro italiano, bravo italiano, há pouco tempo falecido. Ele dizia que Ferrajoli é uma personalidade nascida para um mundo ideal. Daí, penso eu, essa característica: um pouco de utopia em Ferrajoli.

Se puder traçar, em poucas palavras, o pensamento dele, digo que Ferrajoli leva às últimas consequências a questão dos Direitos Fundamentais e da legalidade estrita. Talvez seja o resumo do que se fala e do que se escreve. O exame da legalidade, num processo penal como instrumento, e no direito penal como consequência de uma sociedade que se pretende seja “civilizada”. Essa legalidade à risca é a resposta penal, em um ambiente de tolerância, ante a ausência de explicação da sociedade para todos os fatos humanos.

Quando cheguei aqui, encontrei a professora Katie Arguello, da Universidade Federal do Paraná, falando a respeito do jogo do bicho de maneira geral. Penso que o genial mestre italiano estaria em sintonia com ela quando se imagina: será a solução penal a mais adequada para o jogo do bicho, notadamente num país e num cenário em que há liberação de

quase todos os jogos, inclusive de um similar ao jogo do bicho? Eu lembro de uma passagem do Henry David Thoreau, que escreveu um livro básico, pequeno, que todos devem ler, intitulado “Desobediência Civil”. Quem é da área de Ciências Sociais, gosta do Direito, deve ler. Ele foi preso porque deixou de pagar os impostos. Há uma passagem da prisão em que ele descreve (e ele escreveu esse livro, que é universalmente famoso, na prisão), ao chegar ao cárcere, que: “Eu estou aqui entre quatro paredes, fechado, sem fazer nada, quase que um ser inanimado; será que o Estado não tinha outra coisa mais útil para fazer com o meu corpo?”.

O exercício desse posicionamento, que adiante vai gerar a questão da tolerância, a questão do exame dos fatos da sociedade sobre outro ângulo, tal como, por exemplo, Gandhi, se reflete numa postura, que possa ser, até certo ponto, maximizada em relação à condição humana, à fraqueza humana e, por outro lado, é um olhar detido e cuidadoso sobre como esse Estado, vale dizer, esse Judiciário, esse Executivo, esse Legislativo está tratando o seu cidadão, está tratando a convivência humana.

Lembro a nossa Constituição de 1824. Ela foi elaborada num cenário em que o país se tornava independente de Portugal e discriminava, de uma forma razoável para época, como o Estado Brasileiro se organizava e se relacionava com a sociedade. Havia, entretanto, um poder efetivo, o moderador, que estava nas mãos de alguém, decidindo como as coisas seriam resolvidas.

Levar a fundo a legalidade, notadamente na área penal, é dizer, a resposta que hoje se oferece para os conflitos humanos não corresponde aos sentimentos de uma sociedade que se pretende mais igualitária.

De um poder que se considere legitimado e não temido pelos que cederam parcela desse mesmo poder, a partir do conceito de Hobbes: “Homo homini lupus”, isto é, o homem é o vilão da própria humanidade. Que não basta apenas a compreensão de que, ao renunciar ao exercício desse poder absoluto, poder-se-ia matar alguém, ferir, furtar impunemente porque isso implicava uma desorganização tremenda da vida social, entrega isso ao Estado, e é preciso que esse Estado dê um retorno mais igualitário, tendo como horizonte os direitos fundamentais.

Falando em Ferrajoli, lembrei-me de que ele é polêmico, e é da sua natureza ser polêmico. Gandhi era polêmico, muito polêmico, mas era tolerante. Que tipo de tolerância podemos assimilar de um e de outro?

O fato de que essa tolerância não pode ser entendida como passiva, um receio, um não fazer de coisas. Ela representa uma postura reativa contra um Estado colonizador ou, de alguma forma, discriminador. Isso implica dizer “eu não vou bater em você, eu não vou matar você, mas eu não concordo com nada com que você está me fazendo”. Não aceitar a conduta humana, num determinado contexto da vida, é da regra do jogo.

A questão é até que ponto nós vamos aprofundar essa não aceitação. Talvez seja esse o grande dilema que se faz em torno do pensamento de Ferrajoli e do tema de Garantismo Penal. Sobre dignidade humana, ele exalça alguns aspectos: a decisão na esfera penal terá que valorizar a vida, a sobrevivência e a liberdade.

Poderia falar mais alguma coisa a respeito do, digamos assim, patrono do garantismo penal, mas eu pretendo fazer um exercício com vocês, que é o seguinte: colocar Ferrajoli, que foi juiz na Itália, no Judiciário do Brasil. No Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, em Tribunais que exerçam jurisdições na seara penal. Vamos imaginar que ele seja, num determinado momento, instado a decidir questões penais no Brasil.

O exercício consiste em tentar ver com o grupo aqui presente se essas decisões seriam apoiadas por ele. Se o ex-magistrado italiano também compartilharia desses julgamentos. Noutras palavras, será que o Brasil se deixou permear na sua interpretação do Direito Penal, do Processo Penal (porque alguns dos seus axiomas não são de Direito Penal, mas de Processo), se essas decisões atenderiam a sua filosofia.

A primeira questão é um Recurso Ordinário em Habeas Corpus: apropriação indébita de quatro livros. O Tribunal entendeu que, para aquele fato, a retribuição devida não seria uma ação penal. O descumprimento de uma obrigação de natureza estritamente cível não enseja a intervenção do Direito Penal diante de seu caráter subsidiário e fragmentário. Deve o litígio limitar-se ao campo obrigacional e reservar o poder punitivo estatal aos casos em que sua aplicação se mostra realmente necessária.

Farei uma leitura, a voo de pássaro, de outras hipóteses em que parece observar um cenário garantista – para usar a expressão que, às vezes, é até interpretada num sentido que já chega a ser pejorativo.

O princípio da legalidade constante dos ensinamentos dele, mas não somente dele: não há crime sem lei penal que o defina. É uma história de “cola eletrônica”. O Supremo entendeu que a conduta denominada “cola eletrônica”, a despeito de ser reprovável, é penalmente atípica.

Princípio da necessidade. Não há lei penal sem necessidade. Essa foi uma decisão da minha Turma. Suposto dano ao meio ambiente. Aliás, ressalve-se que Ferrajoli coloca o garantismo em favor do interesse público, basicamente em dois temas: a questão da tortura e a do meio ambiente, o que deixou claro em vários outros escritos. No caso, alguém construiu uma casa extremamente humilde numa reserva ambiental para servir de moradia à família. O Tribunal entendeu que não configuraria dano ao meio ambiente. Apesar de ser uma reserva, traduzia uma necessidade e o direito fundamental ao chão e ao teto. O Direito Penal não é a primeira resposta. O Direito Penal será, certamente, dentro do que a inteligência humana pode conceber, a última solução.

Princípio da lesividade ou ofensividade. Também é aí uma questão de furto simples. O cidadão tentou furtar uma máscara de tratamento capilar, avaliada em R\$ 8,95. É a chamada ausência de tipicidade material. Embora, formalmente, isso possa ser crime, que ofensividade representará do ponto de vista penal? Desnecessária a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico mostrou-se absolutamente irrelevante.

Já, nesse caso, há suposta lesão sem ação exteriorizada. O Tribunal, em processo de relatoria de Ministro hoje aposentado, que honra as tradições jurídicas do Rio de Janeiro, Ministro Hamilton Carvalhido, disse sobre a tentativa, exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria voluntarista que se contenta com a exteriorização da vontade por meio da prática de atos preparatórios, nem com a sistemática que se satisfaz apenas com a periculosidade subjetiva manifestada, o direito penal do autor. Foi aceita a teoria objetiva. É um caso em que câmeras de vídeo monitoraram situações privadas e pessoas foram presas em função disso. Está no limite da subjetividade da conduta humana e, nesse caso, houve a concessão do *habeas corpus*.

Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal. Essa, talvez, seja uma das situações mais comuns, de um certo protagonismo acusatório. Por vezes, não é possível imputar responsabilidade penal em razão da qualidade de sócia, por empresa envolvida em esquema fraudulento, ainda

mais quando não se demonstra qualquer poder de administração contratual, ou de fato, ou indício de sua participação do ilícito apurado.

Princípio da jurisdicionariade. Não há culpa sem regular juízo. Um juiz foi, ele próprio, fazer as diligências de busca e apreensão de documentos. Eis uma feição de um modelo acusatório que não é exatamente o que se pretende para o país.

Nessa outra hipótese, não há juízo regular sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*). A descrição deficiente da conduta delitiva e a narrativa que não enseja o esclarecimento mínimo da suposta autoria tornam a denúncia inepta, o que traduz manifesto constrangimento ilegal, passível de ser delibado pela via do *habeas corpus*, haja vista o patente prejuízo à ampla defesa.

Não há acusação sem prova. Neste caso, a denúncia veio sem nenhum elemento que a embasasse minimamente. Fala-se sempre do garantismo como a maximização dos direitos e garantias individuais, dos direitos fundamentais e a redução do Estado. Essa é uma hipótese em que, a meu ver, fica bastante clara a necessidade de que haja causa justa para o oferecimento de denúncia.

Princípio do contraditório e da ampla defesa, caso de extorsão mediante sequestro. Trata-se de um advogado constituído, que renunciou ao mandato, e o juiz constituiu um defensor dativo sem ouvir o acusado, sem permitir que o acusado se manifestasse se desejava, ou não, em sede de alegações finais, constituir novo patrono. Obviamente a ação penal foi anulada.

Inconstitucionalidade de regime inicial fechado nos crimes hediondos, nova redação da Lei n. 8.072/1990. Não é porque se comete um determinado tipo de infração, que se obriga o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime inicial fechado ou no regime integralmente fechado. Ambas as posturas já sofreram modificações.

Essa outra é uma matéria já sumulada: manifestação do Supremo sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em hipótese de tráfico de drogas. Esse tema foi levado ao Supremo e também ao STJ, batendo-se o martelo no sentido de que, também, em matéria de aplicação da Lei de Entorpecentes, é possível, desde que o acusado sentenciado preencha certos requisitos subjetivos, a conversão da pena

privativa de liberdade em restritiva de direitos. Essa é uma das matérias que mais julgamos hoje, no Superior Tribunal de Justiça.

A inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória no tráfico de drogas, algumas questões ligadas ao problema da Lei de Entorpecentes – a antiga Lei nº 6.368/1976, agora Lei nº 11.343/2006. O Supremo entendeu como inconstitucional a impossibilidade da liberdade provisória prevista naquela Lei. Isso criou um clima de certo “terrorismo” nos meios de comunicação, mas é preciso entender que todas as reformas no mundo e, notadamente no campo do Direito Penal, surgem a partir de fatos da sociedade, positivos ou negativos.

Não se institui norma, não se legisla em matéria penal e, também, não se julga, notadamente na seara penal, sem que haja um impulso que venha da própria sociedade, de um determinado fato.

Outro tema “garantista”: a impossibilidade de aplicação de regime inicial fechado com base na gravidade da infração. Matéria já sumulada – Súmula 718 do STF. Não basta o juiz dizer que o crime em julgamento é um homicídio qualificado ou tráfico de drogas, ou que é abjeto. No caso concreto, em face dos princípios da presunção da não culpabilidade e da estrita legalidade que permeiam um Estado em que se observam os direitos fundamentais, nós não podemos estabelecer regra inquisitorial prévia de que para todos que fizeram ou agiram de tal maneira ou estão sendo acusados por tal fato, há obrigatoriedade do regime prisional mais severo ou mesmo da uma prisão provisória.

Discutiu-se, muito tempo, a possibilidade de aplicar o Princípio da Insignificância no furto qualificado, concurso de pessoas ou mediante escalada, por exemplo, veio o Supremo – o Ministro Gilmar Mendes lavrou o acórdão – e adotou o entendimento mais garantista.

Seria um prazer muito grande continuar a conversar e conversar, porque, repito, o Cristo Redentor nos favorece nesse ambiente acolhedor, aqui no Rio.

Quero dizer, em resumo, que o garantismo é um modelo de resposta a muitas das incertezas humanas.

E eu volto à regra da tolerância: é necessário ter tolerância com o que pensa diferente da gente, até porque tolerância só existe se houver um pensamento oposto. Não é necessário ter tolerância com quem pensa igual.

O garantismo soluciona, assertivamente, todas as questões?

Lembro uma história do Carlos Heitor Cony.

Carlos Heitor Cony, que é do Rio de Janeiro, famoso jornalista, escritor, certa vez, escreveu que teve uma formação de seminarista, estudou latim, literatura, português. Renunciou ao seminário e, no dia em que saiu daquele lugar, tomou um bonde para casa, sozinho. O cobrador do bonde passou por ele uma vez e ele pagou a passagem. O cobrador foi para o outro lado, passou novamente por ele, que pagou de novo a passagem, e o cobrador voltou e passou outra vez, como todos os cobradores fazem, e, pela terceira vez, a passagem foi paga, até que chegou em casa. Procurou se informar sobre o pagamento daquele transporte. Soube que era para pagar a viagem uma única vez. Ele, inteligentemente, concluiu: era um homem que sabia literatura, sabia línguas, tinha muitos saberes. No entanto, não sabia andar de bonde.

Talvez essa história se aplique ao garantismo.

Agradeço pela paciência de vocês. Foi um grande prazer estar aqui com todos. ❖



EMERJ

Carta aberta ao Congresso Nacional sobre a Reforma Penal (PLS 236)

Reunidos no Seminário Crítico da Reforma Penal organizado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça entre os dias 11 e 13 de setembro de 2012, juristas de todo o Brasil dedicaram-se à análise crítica do Projeto de Lei do Senado n. 236, que propõe um novo Código Penal para o país.

Os trabalhos apresentados e discutidos no Seminário demonstraram, sem exceção, inúmeras deficiências teóricas no Projeto, em boa medida resultado da equivocada e acritica incorporação de critérios jurisprudenciais de imputação em detrimento à dogmática penal mais avançada, tanto em termos técnicos quanto democráticos.

A notável pobreza teórica do Projeto, constatada por unanimidade, precisa ser destacada porque implica maior dificuldade na tentativa de controle democrático da competência punitiva do Estado. Assim é que, por suas falhas, o Projeto afasta o Direito Penal simultaneamente da Ciência e da Cidadania, isto é, não só se opõe ao saber jurídico, mas também ao soberano poder popular.

A proposta revela, contudo, problemas ainda mais graves. Longe de inaugurar um marco no Direito Penal brasileiro, o Projeto é profundamente anacrônico, como revela uma análise sistemática. É evidente seu compromisso ideológico com a ultrapassada política de defesa social, própria do Estado de Polícia e, portanto, absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A aposta na pena privativa de liberdade para repressão e prevenção da criminalidade que propõe é, provavelmente, o reflexo mais claro desta natureza punitivista do Projeto que, para piorar, abre mão de alternativas desencarceradoras em favor da prisão, cujo fracasso para fins de ressocialização foi exaustiva e reiteradamente demonstrado pela teoria – a mesma teoria que a Comissão responsável pela elaboração do texto decidiu, convenientemente, ignorar.

Diante de um sistema de justiça criminal sobrecarregado, seletivo e desumano – sobretudo no que se refere à execução penal, em toda sua miséria real – esta contraditória reafirmação da pena é radicalmente antidemocrática, porque agrava o já terrível drama carcerário. Mas se a grave violação dos direitos fundamentais decorrente da eventual aprovação

Brano Zanetelli

Claudio Brandes

Franco Albuquerque

do Projeto de Código não for argumento suficiente para rejeitá-lo, importaria notar ainda o substancial aumento do custo social, político e econômico do sistema de justiça criminal – notadamente, do sistema penitenciário – que determinaria.

Em síntese, o Projeto de Lei do Senado n. 236 é incompatível com a promoção do ideal republicano de uma sociedade mais livre, justa e solidária. E seja pela quantidade de defeitos que apresenta ou por seu pernóstico compromisso ideológico com a repressão, o fato é que o Projeto não pode – nem deve – ser reparado mediante supressão, modificação ou acréscimos.

Somente a radical negação da proposta, como um todo, é admissível. Esta é a conclusão dos juristas que abaixo subscrevem.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2012,

Capitão José Napoleão

duji Berto *Rob. K.* *Guaruz Javary* *Michelle Cruz* *Juliana*

Claudio Brandes *Augusto* *duarte*

Antonio Martins *Phayse Elias* *Christian Brandes*

Alacire Mallet *Paulinho Gomes* *Juliana Garbardo* *Mathias*

Lucas Saldanha *José Babil* *Antônio Carlos Castro*

Augusto *Roberto* *Guilherme*

Reinaldo S. de Almeida Jr. *Tom Hilde* *Rosália Lirionides*

Carlos Toméico *Paulo Lou* *Sergio Carlos*

Paulo Hub

Marcelo Samprino *Diego Boeira* *Giovane Jantun*

Leandro *Diego Boeira* *Flávio R. Marques*

Carlos *Martha da Fonseca* *Rafael Dupre*

Elaine Sousa de Faria

Carla S.F. Motta

Urdelmu... e...

José Carlos Ferraz de Silva

José Carlos Ferraz de Silva

Sônia Aparecida da Silva Lima

Regina...
Vera...
0238

Renata Freitas dos Santos

Handwritten scribbles

Victória...
Flávia...

Handwritten signature

Letícia de Mello Lampaio

Thaís...
Negreiros

Handwritten signature

Guizelda Rezende de Mattos Rêuz

Amândia Viana de Albuquerque

Alberto Alvaro Rivera Herrera

Miriam...
Lopes

Handwritten signature

Alina...
Santos

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

André Brito da Nascimento

Gabriel de Azevedo Queiroz

Romy P. Nunes dos Santos

Sabazia Kunz e Silva

Israel Paz Vieira Nicolson

Ednardo Motta

Charles Francisco Rozário

Vanessa noqueira Baragnoli Pereira

ERIC CWAJGEBDUM 112.6030AB/RJ

Marcia Chaves de Salles TJRJ

Carla Gonçalves Pereira - TJRJ

~~André Luiz Teixeira dos Santos - EMGRJ - TJRJ~~

Christine Monteiro Satstos

Maria Paula TJRJ

A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço emerjpublicacoes@tjrj.jus.br;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman** – 12
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – 10
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

² *Idem*, 2001, p. 19.

³ RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.